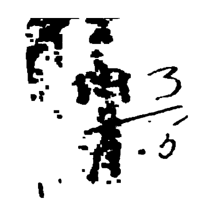

SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



MANUEL

DE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PAR

ANDRÉ WEISS

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS
MEMBRE DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

CINQUIÈME ÉDITION

revue et mise au courant

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS & DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, rue Soufflot, PARIS, 5e Arrond.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1905

MANUEL

DE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

DU MÊME AUTEUR :

ÉTUDES SUR LES CONDITIONS DE L'EXTRADITION. Larose et Forcel, 1880 (*épuisé*).

LE DROIT FÉTIAL ET LES FÉTIAUX A ROME. Étude de droit international. Pedone-Lauriel, 1883.. 2 fr.

LES CRIMES ET DÉLITS POLITIQUES DANS LES RAPPORTS DE L'AUTRICHE-HONGRIE ET DE LA RUSSIE (Extrait du *Journal du droit international privé*). Marchal, Billard et Cie, 1883........................ 1 fr.

LE DROIT CONSTITUTIONNEL. Leçon d'ouverture du cours de droit constitutionnel, professé à la Faculté de droit de Dijon (Extrait de la *Revue générale du droit*). E. Thorin, 1884.

LA PROPOSITION DE LOI SUR LA NATIONALITÉ AU SÉNAT (Extrait de la *Revue critique de législation*). Pichon, 1887.

PHILIPPE POT, GRAND SÉNÉCHAL DE BOURGOGNE, DEVANT LA COUR DE DIJON (Extrait de la *France judiciaire*). Pedone-Lauriel, 1888.

QUELQUES MOTS SUR LA FAILLITE DANS LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (Extrait des *Annales de droit commercial*). A. Rousseau, 1888.

LA LOI SUR LA NATIONALITÉ DU 26 JUIN 1889. Notice et notes (Extrait de l'*Annuaire de législation française*). Pichon, 1890.

LA NOUVELLE LOI SUR LA NATIONALITÉ DANS SES RAPPORTS AVEC LE RECRUTEMENT MILITAIRE (Extrait du *Journal du droit international privé*). Marchal, Billard et Cie, 1890.

LE CODE CIVIL ET LE CONFLIT DES LOIS (Extrait du *Livre du centenaire du Code civil*). A. Rousseau, 1904.

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (2e édition). Larose et Forcel, 1890, 1 fort vol. (*épuisé*).

(La 1re édition de cet ouvrage a été récompensée par l'Académie des sciences morales et politiques. Concours Wolowski, 1888).

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

Tome I, *De la nationalité*, à notre librairie, 1892, 1 fort vol......... 12 fr.
Tome II, *Le droit de l'étranger*, à notre librairie, 1894, 1 fort vol..... 12 fr.
Tome III, *Le conflit des lois*, I, à notre librairie, 1898, 1 fort vol...... 12 fr.
Tome IV, *Le conflit des lois*, II, à notre librairie, 1901, 1 fort vol..... 12 fr.
Tome V, *L'étranger et la justice*, à notre librairie, 1 fort vol. (*sous presse*).

(Cet ouvrage a été honoré par l'Académie des sciences morales et politiques du prix Wolowski, en 1902).

EN COLLABORATION

Avec M. PAUL LOUIS-LUCAS,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON :

LE DROIT D'EXTRADITION APPLIQUÉ AUX DÉLITS POLITIQUES, d'après le professeur Lammasch. E. Thorin, 1885.............................. 4 fr.

MANUEL DES ANTIQUITÉS ROMAINES DE MARQUARDT ET MOMMSEN. Organisation de l'Empire romain par J. Marquardt (trad. fr.), 2 forts vol. E. Thorin, 1889-1892.. 25 fr.

MANUEL

DE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PAR

ANDRÉ WEISS

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS
MEMBRE DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

CINQUIÈME ÉDITION
revue et mise au courant

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS & DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, rue Soufflot, PARIS, 5e Arrond.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1905

AVANT-PROPOS

Le décret du 30 avril 1895, revenant sur une décision antérieure, a restitué au droit international privé la place que lui avait faite le décret du 28 décembre 1880 dans le programme des études et des examens de la licence en droit. Désormais, tous les étudiants de troisième année sans exception, doivent être interrogés sur cette matière si intéressante, à certains égards si difficile; et les modifications récemment apportées au régime du doctorat juridique l'ont comprise au nombre des disciplines offertes à l'option des candidats pour le second examen.

Mais que faut-il exactement entendre par ce droit international privé, dont la connaissance a été ainsi jugée à bon droit inséparable de toute culture juridique sérieuse? Résolvant un doute qu'avait fait naître le laconisme des textes anciens, un arrêté ministériel du 24 juillet 1895 est venu en élargir le domaine et en rectifier les frontières. A côté de la théorie du conflit des lois, qui en est l'objet direct et principal, il fait rentrer dans notre science, au point de vue de l'enseignement, l'étude de la nationalité, celle de la condition civile des étrangers, qui, il faut le reconnaître, en forment l'introduction naturelle, et qui peuvent, sans inconvé-

nient, être détachées du droit civil proprement dit, à la décharge de ceux qui l'enseignent.

Nous nous sommes scrupuleusement conformé, dans la cinquième édition de notre *Manuel* (1), aux indications et aux exigences des nouveaux programmes, négligeant à dessein les détails, les points d'intérêt secondaire, pour nous en tenir aux grandes lignes et aux principes, sur lesquels l'accord tend de plus en plus à se faire dans la jurisprudence internationale et dans la doctrine des auteurs.

ANDRÉ WEISS.

Paris, le 15 janvier 1905.

(1) Les deux premières éditions ont paru en 1886 et en 1890 sous le titre de *Traité élémentaire de droit international privé.*

MANUEL

DE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

INTRODUCTION

Sommaire.

1. Idée du droit international.
2. Sa définition.
3. Son fondement rationnel.
4. Son utilité.
5. Ses sources.
6. Ses divisions. Le droit international privé.

1. Idée du droit international. — La science qui fait l'objet de ce livre porte le nom de *droit international* (*jus inter gentes*) ; elle suppose la coexistence de deux ou plusieurs *nations* et joue dans leurs rapports mutuels le même rôle que le *droit national* dans les rapports de deux ou plusieurs citoyens d'un même État.

De même que deux individus, vivant dans un même pays, à l'abri des mêmes lois, sous l'autorité d'un même Gouvernement, entretiennent des relations nécessaires et parfois contentieuses de voisinage ou d'intérêts, de même il est naturel de concevoir qu'il existe entre deux groupes distincts d'individus, représentés par une souveraineté commune et constitués en nations, en *États*, — car pour nous ces deux mots sont juridiquement synonymes, — une affinité de civilisation et

de mœurs, une opposition d'intérêts, qui puissent engendrer des rapports et des obligations réciproques, et donner naissance à des conflits. Mais tandis que les relations entre particuliers et les contestations qui en résultent dans les limites d'un même État politique sont toujours du domaine de la législation interne, du *droit national* que cet État s'est donné, les rapports de deux souverainetés au contraire passent par dessus les frontières et, en l'absence d'une autorité visible, reconnue par tous les États, échappent le plus souvent à toute réglementation législative. La raison de cette différence est facile à comprendre. Chaque État est maître de son territoire; il y fait la loi, il en surveille l'exécution au moyen des pouvoirs qui fonctionnent dans son sein; chacun, dans les limites de sa souveraineté, a les mêmes devoirs, les mêmes moyens d'action, la même prérogative jalouse; chacun repousse au même titre l'intervention d'une autorité étrangère sur son domaine. C'est ce qu'on exprime en disant que l'attribut essentiel de l'État souverain, c'est l'indépendance.

Pour résoudre un conflit entre deux États, il faut donc rechercher si, à défaut d'un pouvoir supérieur, unique, qui étendrait son action sur toutes les nations, il n'existe pas un principe qui leur soit commun, qui puisse être accepté par elles, sans les contraindre à sacrifier quoi que ce soit de cette indépendance. Ce principe c'est le *droit international.*

2. **Définition du droit international.** — C'est au célèbre économiste Jérémie Bentham que le droit international doit son nom, et la dénomination le droit international (*international law*), proposée par lui, est surtout usitée dans les travaux des publicistes italiens, anglais et américains. En Allemagne, l'expression usuelle est *Voelkerrecht*, qui correspond exactement au *jus gentium* des Romains. Enfin les pays de langue française emploient indistinctement les deux appellations : *droit international* et *droit des gens*. Peut-être cependant, ainsi qu'on l'a fait remarquer[1], la première de ces expressions convient-elle plutôt au droit *pratique*, résultant des lois, des coutumes et des traités, l'autre au droit *théorique*, conçu par la raison? Ou bien encore celle-ci devrait-elle être plus spécialement réservée à ce que nous appellerons bientôt le *droit international public*.

Y a-t-il quelque analogie entre le *droit international* ou *droit des*

[1] L. Renault, *Introduction à l'étude du droit international*, Paris, 1879, p. 5.

gens moderne, et le *jus gentium* dont nous parlent les textes romains?

La ressemblance n'existe que dans les mots. Chez les Romains, le droit des gens (*jus quod apud omnes gentes, peræque custoditur*[1]) était l'ensemble des règles de pur droit privé dont les étrangers, aussi bien que les citoyens eux-mêmes, pouvaient réclamer l'application : c'est ainsi que certains contrats, répondant à une nécessité commune, comme la vente, appartenaient au *jus gentium*, tandis que la puissance paternelle, telle que l'avait organisée la loi romaine, était une institution *juris civilis*, parce que seul un citoyen était admis à l'invoquer. Pour les Romains, le *jus gentium* n'était qu'une branche de leur droit national; pour nous, le *droit international* est un principe supérieur aux lois particulières qui gouvernent les différents États, et sa mission est de les concilier, dans l'intérêt de la justice et de la paix.

Nous définirons le droit international : *l'ensemble des règles pratiquées habituellement entre les États, avec appréciation de ces règles au point de vue du droit naturel.*

Cette définition, adoptée par un grand nombre d'auteurs modernes, présente cet avantage de faire en notre matière la part de l'usage constant des nations et de la morale internationale, du droit positif résultant des lois et des traités, et du droit naturel enseigné par la philosophie.

Il est permis d'en conclure que l'étude du droit international ne se limite pas à une sèche nomenclature de lois, de traités et d'événements historiques. Sa mission est plus haute : elle doit les apprécier, les critiquer, les passer au crible du juste et de l'utile. Elle s'inspirera de l'histoire; car c'est l'histoire qui nous montre la succession des faits; c'est elle qui nous fait assister aux progrès incessants des relations entre les peuples, c'est elle qui nous explique, par la vue du passé, les règles en usage dans la diplomatie moderne. Mais l'étude du droit international doit encore et surtout être philosophique et critique; car, en cette matière peut-être plus qu'en toute autre, la notion du juste est sujette à s'obscurcir, et l'esprit désarmé contre les illusions du patriotisme et les séductions de l'intérêt.

3. Fondement rationnel du droit international. — Nous avons défini le droit international. Demandons-nous maintenant si ces pres-

[1] Institutes de Justinien, § 1, *De jure naturali, gentium et civili* (I, 2), V. ci-dessous, livre II.

criptions ont une valeur purement spéculative, ou bien si elles forment une branche du droit proprement dit.

L'influence du droit sur les relations internationales a été et est encore vivement contestée. Deux objections principales, l'une basée sur l'expérience, l'autre exclusivement juridique, ont été soulevées contre l'existence d'un véritable droit entre les nations.

Première objection. — L'histoire, nous dit-on, et en particulier celle du siècle qui finit, nous fait partout assister au triomphe de la force. C'est la violence, c'est le recours aux armes qui décident des destinées des empires. Une armée aguerrie, des finances prospères, voilà les meilleurs arguments dont une nation puisse appuyer ses droits. Comment, en présence de l'Europe en armes, peut-il être question d'un *droit* destiné à concilier les intérêts des peuples et à résoudre pacifiquement les différends qui les séparent ?

Sans doute il n'est que trop vrai que la paix universelle n'est à l'heure présente qu'un rêve, pour quelques-uns pas même un beau rêve[1]; et que longtemps encore la fortune des armes sera l'arbitre souverain des difficultés internationales. Mais, si l'humanité doit en gémir, le *droit* n'en subit souvent aucune atteinte directe; quelquefois même il y trouve son compte. Écoutons Bluntschli : « Le sentiment qu'ont les peuples de leur droit se fait jour même sous cette forme grossière et passionnée de la guerre. C'est pour maintenir son bon droit qu'un peuple court aux armes, concentre toutes ses forces pour chercher à vaincre, expose la vie de ses citoyens. Il n'est jamais indifférent d'avoir le bon droit de son côté. Les combattants sont encouragés, excités par le sentiment de la justice de leur cause; la conviction qu'on a tort rend inquiet et conduit à des fautes. Le bon droit évident amène des amis et attire les sympathies de l'opinion publique. L'injustice manifeste augmente l'inimitié... Le plus fort, devenu vainqueur, ne se sent, suivant l'expression de Rousseau, pas assez fort sans le droit, et n'est content de sa victoire que s'il peut réussir à transformer la force en droit et l'obéissance en devoir. Si les résultats de la victoire sont durables et par conséquent nécessaires, cela prouve qu'ils sont la conséquence du développement naturel du droit[2] ».

[1] Lettre du feld-maréchal de Moltke au professeur Bluntschli (V. la *Revue de droit international*, 1881, p. 80).

[2] Bluntschli, *Le droit international codifié* (trad. Lardy), 2e éd., 1874, p. 7.

En France, où tous les intérêts légitimes sont également protégés, où la loi est juste et les tribunaux intègres, ne voit-on pas, tous les jours, les citoyens lésés préférer à l'intervention de la justice les hasards d'un duel? en conclura-t-on à l'inexistence d'un droit national français?

D'ailleurs, il faut le reconnaître, si, grâce aux perfectionnements apportés à l'art de détruire, les guerres sont plus meurtrières qu'autrefois, elles deviennent aussi de plus en plus rares. Les congrès et les associations pacifiques multiplient leurs travaux et leurs réunions, les publicistes leurs écrits; et ce mouvement international en faveur de la paix exerce sur le règlement des conflits entre les nations la plus bienfaisante influence. Il suffit de jeter un coup d'œil sur les innombrables conventions qui, depuis un demi-siècle, ont réuni l'adhésion de presque tous les États civilisés, conventions monétaires, postales, télégraphiques, littéraires, industrielles, commerciales et maritimes, conventions relatives au droit international privé, pour se rendre compte de la place qu'ont prise les procédés pacifiques dans les relations des peuples.

Ce n'est donc pas toujours la violence qui préside aux rapports des États, et c'est faire preuve d'une singulière ignorance de leur vie internationale et des faits par lesquels elle se manifeste tous les jours, que de voir dans l'emploi de la force la négation de notre science.

Deuxième objection. — Qui ne voit, a-t-on dit, d'autre part, qu'il est impossible de concevoir un *droit* en l'absence d'une autorité chargée de l'organiser et de le faire respecter? Où sont, en matière internationale, le législateur qui fait la loi, le juge qui l'interprète, le gendarme qui l'exécute? Il n'y a pas de droit en dehors d'une règle promulguée et d'une sanction légale. Ce que l'on appelle le droit international est dès lors dépourvu de toute force obligatoire [1].

Les raisons alléguées à l'encontre du droit international se réduisent donc à deux : d'une part l'absence d'un pouvoir législatif supérieur aux différents États; de l'autre l'absence d'une sanction efficace aux règles de conduite internationale.

La première de ces raisons repose, ainsi que le fait très justement remarquer M. de Martens [2], sur une idée complètement erronée du

[1] Puchta, *Gewohnheitrecht*, t. I, p. 142 et s.; de Ihering, *Der Kampf um's Recht*, 1872; Accollas, *Manuel de droit civil*, t. I, *Introduction*, p. VII.

[2] De Martens, *Le fondement du droit international*, Revue de droit international, 1882, p. 252.

problème que doit résoudre le législateur. Ceux qui l'invoquent font une confusion inexplicable entre le *Droit*, principe antérieur à toute société, à toute législation humaine, et la *Loi*, expression matérielle et visible de la protection dont les hommes ont cru devoir l'entourer. Pas de droit, disent-ils, en l'absence d'une règle officiellement promulguée. Le droit à la vie, le droit à la propriété, tout cela serait dès lors subordonné à l'existence d'une loi humaine et contingente!

Est-il besoin de réfuter une semblable doctrine? Partout où deux êtres, également libres et autonomes, vivent l'un à côté de l'autre, soit d'une existence individuelle et physique comme deux hommes, soit d'une existence collective et morale comme deux peuples, nous voyons apparaître l'idée de droit. Chacun de ces êtres peut et doit user librement des facultés dont il dispose, pourvu que cet usage n'apporte aucune entrave à l'exercice des facultés égales qui appartiennent à son semblable. Dans toute société, qu'elle se compose d'hommes ou qu'elle se compose de nations, la liberté de chacun est limitée par celle d'autrui. De là, naissance d'un rapport nécessaire et réciproque de *droit* et d'*obligation : droit* pour tout être de se conserver et d'exercer librement son activité, en un mot, droit de faire tout ce qui ne compromet en rien la liberté d'autrui : *obligation* pour tout être de respecter le droit de son semblable, de s'arrêter là où l'exercice de ses propres facultés cesserait d'être inoffensif. Et ce rapport se conçoit à merveille, même en l'absence de législateurs et de magistrats. « Le droit, a dit excellemment un des hommes qui ont le plus contribué aux progrès du droit international, ne peut jamais être un produit de la pure volonté humaine, il est toujours une nécessité de la nature morale; il dérive comme conséquence pratique d'un principe de l'ordre moral qui tire son origine d'une région supérieure à celle où les hommes vivent et veulent [1] ».

Le droit est donc indépendant, dans son existence, de toute promulgation, de toute affirmation législative. La loi positive en est le reflet : il est l'idéal qu'elle doit s'efforcer d'atteindre; mais de ce que la *force légale* fait encore défaut à quelques-unes de ses prescriptions, il ne saurait être permis de conclure à son inexistence. Certaines législations primitives n'avaient pas jugé nécessaire d'inscrire dans leurs dispositions le respect de la propriété privée, et cepen-

[1] Discours d'introduction prononcé par Mancini, à Turin, le 22 janvier 1851, sur ce thème : « Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti ».

dant, même en l'absence d'un texte formel, le vol exposait son auteur à un châtiment sévère et à de cruelles représailles. D'ailleurs un texte législatif n'est-il jamais impuissant à prévenir une violation du droit? La statistique criminelle est là, qui se charge de répondre.

Par cela seul que la destinée des peuples est de vivre dans une harmonie parfaite et de se limiter l'un l'autre dans l'usage de leurs facultés, la nécessité d'une règle de droit dont l'objet sera de les concilier s'impose à notre esprit. « Toutes les nations, a dit Montesquieu, ont un droit des gens; et les Iroquois même, qui mangent les prisonniers, en ont un[1] ». Affirmons donc qu'alors que toute promulgation officielle, que toute sanction efficace lui ferait encore défaut, le droit international est une réalité, et qu'une nation soucieuse de l'honneur de son nom, est *moralement* tenue de lui conformer sa conduite.

Mais est-il vrai que ce droit soit entièrement dénué de sanction, que les obligations qu'il engendre soient purement morales?

De tout temps on a vu des nations opprimées ou lésées chercher dans les *combats* le triomphe du bon droit, et l'*histoire*, sanction posthume mais redoutée, citer à son tribunal les abus de pouvoir et les fautes commis par les souverains et par les peuples. Aujourd'hui l'*opinion publique*, devançant les jugements de l'histoire, exerce tous les jours, grâce à la diffusion de la presse et au développement des institutions représentatives, une heureuse influence sur la solution des conflits internationaux. Enfin il est une autre sanction qui, depuis un certain nombre d'années, et surtout depuis la réunion de la conférence de la paix à La Haye, en 1899, a réalisé dans les mœurs internationales d'incontestables progrès et dont la pratique régulière serait de nature à prévenir bien des conflits sanglants : *l'arbitrage international.*

C'est donc aller contre la vérité des faits que de soutenir que le droit international est dénué de sanctions. Ces sanctions existent, souvent non moins efficaces que celles du droit national, et l'on ne saurait invoquer leur absence pour contester l'existence d'un véritable droit entre les nations. De ce que la vie humaine et la propriété ne sont pas toujours à l'abri d'un attentat ou d'une usurpation, personne ne conclura que le droit de l'individu n'est qu'un mot. « C'est la guerre, et non le recours aux arbitres, qui a servi habituellement, jusqu'à présent, à régler les différends internationaux. Cela prouve-

[1] *Esprit des lois*, liv. I, chap. III.

t-il qu'il n'y ait pas de droit international? En aucune façon. L'histoire de la justice nous montre que les procédés judiciaires suivaient, dans l'origine, les principes mêmes qui prévalent de nos jours dans les différends entre les puissances. Dans l'état barbare de la vie sociale, à son origine, chaque individu défendait son droit au moyen de ses propres forces. Le fait de se rendre justice soi-même montre sans doute un état de civilisation peu avancée, mais il serait injuste d'en conclure que les membres de la société d'alors ne connaissaient aucun droit et n'observaient ni coutumes ni lois. Au moyen âge, il existait déjà des tribunaux établis par le pouvoir suprême : les particuliers n'en continuaient pas moins à recourir au duel pour trancher leurs différends. Dans une certaine mesure, la guerre internationale ressemble de nos jours aux duels judiciaires. La ressemblance ne se borne pas à ce que dans les deux cas le débat est tranché par la force. On la trouve encore dans l'observation de certaines règles. Ainsi la guerre n'est pas la négation du droit; au contraire, elle se soumet elle-même à certaines lois consacrées par l'usage et par les accords internationaux [1] ».

Nous avons ainsi répondu aux principales objections élevées contre la conception d'un droit appliqué aux rapports internationaux. Il nous reste à conclure : le droit international est un véritable *droit*, théoriquement juste, et garanti par des sanctions perfectibles; les règles qu'il pose doivent être respectées par les nations, comme les lois intérieures d'un État obligent ses citoyens.

4. Utilité du droit international. — Plus les rapports entre les nations sont fréquents, plus les lois qui les régissent sont différentes, plus aussi le droit international, dont l'objet est de prévoir ces rapports, de concilier ces lois, est utile et nécessaire.

A). *Fréquence des rapports internationaux.* — Le droit international suppose des rapports réguliers entre les États : il implique la reconnaissance de certains droits aux États et aux sujets étrangers. Si l'étranger n'est pas mis en contact avec le national, s'il n'a aucun droit à faire valoir vis-à-vis de lui, aucun conflit n'est possible, et le droit international devient inutile.

A l'origine, avant toute organisation sociale, l'homme avait com-

[1] De Martens, *loc. cit.*, Revue de droit international, 1882, p. 255.

mencé à être, suivant l'énergique expression de Hobbes, un loup pour son semblable et à vivre dans l'isolement : ce n'est qu'à une époque impossible à déterminer d'une manière précise, quand ses appétits et ses besoins l'ont poussé à rechercher la société de ses semblables, que nous trouvons la *cité*, c'est-à-dire une agglomération d'hommes vivant en bonne intelligence et ayant communauté de droits et d'intérêts. Alors l'idée d'hostilité qui domine le monde ancien se déplace : elle a opposé l'homme à l'homme; désormais elle séparera les cités.

Chaque peuple formant dans les premiers jours de son existence une unité égoïste et inaccessible à tout élément étranger, il va de soi que les premières lois aient eu pour seul objet de régler les rapports des citoyens d'un même pays entre eux ou avec l'autorité placée à leur tête : de là le *droit national* dans ses diverses manifestations (*droit privé; droit public*).

Enfin, lorsque l'État s'est formé, lorsque le sentiment national, c'est-à-dire la conscience de l'identité des intérêts et des besoins, a fait de l'agglomération d'individus dont nous venons de parler un groupe politique ayant son territoire, son gouvernement, sa loi, son armée, apparaît, quoique bien imparfait encore dans son expression, le *droit international*. C'est qu'en effet, à peine constitué, chaque peuple a dû songer à défendre sa sécurité, son indépendance contre des voisins envieux ou gênants et, une fois vainqueur de ses ennemis, prendre des mesures pour prévenir tout retour hostile.

Le droit international primitif semble s'être limité aux rapports établis par la guerre et par les traités de paix entre deux cités; et, ainsi entendu, il paraît avoir fait chez certains peuples de l'antiquité l'objet d'une réglementation souvent minutieuse. Le *droit fétial* des Romains, emprunté par eux aux anciens habitants de la Péninsule italique, nous montre ce que pouvaient être autrefois les rapports internationaux. Quant aux relations amicales et conciliantes que les peuples doivent entretenir en temps de paix, les anciens semblent à peine les avoir entrevues. Pour eux, nous le verrons, l'étranger était presque toujours un être d'une espèce inférieure, n'ayant aucun droit à l'existence, et envers qui c'était faire œuvre de clémence que de le réduire à la servitude : entretenir avec lui des relations pacifiques eût été une souillure.

Quoi qu'il en soit, en isolant l'indigène de l'étranger, l'antiquité a puissamment contribué à la naissance du droit international : elle a

créé l'État; elle a créé le citoyen; à un autre âge il appartiendra de proclamer les droits de l'homme.

C'est au christianisme que revient l'honneur d'avoir entrepris cette révolution, dont l'œuvre est loin d'être terminée et se poursuit lentement parmi nous. Le christianisme, avec les idées de fraternité et de justice universelle qu'il était venu annoncer au monde, l'Église avec la conception grandiose de son unité religieuse, jouent un grand rôle dans le développement des relations internationales. En substituant aux mille divinités locales de l'antiquité païenne le culte d'un seul Dieu, le même pour les Juifs que pour les Gentils, la foi nouvelle avait établi entre des hommes de races et de langues différentes un lien, celui de la religion; elle leur avait appris à se connaître, à se regarder comme égaux devant la Divinité : de là à proclamer l'égalité civile du citoyen et de l'étranger, il n'y avait qu'un pas; mais ce pas, il a fallu au législateur dix-huit siècles pour le franchir. Ce fut l'œuvre et ce sera l'honneur de la Révolution française : la première, elle osa effacer les anciennes distinctions, mettre les lois d'accord avec le cosmopolitisme chrétien et, en abolissant les droits vexatoires auxquels l'ancien régime soumettait l'étranger, appeler en France les capitaux, l'industrie, l'intelligence des autres nations.

Aujourd'hui, grâce à la facilité toujours croissante des communications, les rapports internationaux ont pris un développement prodigieux. Les chemins de fer, les expositions qui offrent périodiquement à l'admiration des visiteurs les produits du monde entier, les grands marchés où se débattent les intérêts du commerce international, ont multiplié les points de contact et rendu les distances illusoires. Les capitales de l'Europe regorgent d'étrangers, et les gouvernements les plus jaloux de leur indépendance leur accordent une large hospitalité. Ces étrangers ont des droits à faire valoir; l'État dont ils relèvent par leur nationalité les couvre de sa protection, bien au delà des limites de son territoire. Comment conciliera-t-on ces droits du sujet étranger, cette protection de l'État étranger, avec l'indépendance de l'État, sur le sol duquel ils s'exercent? Le droit international répond à cette question, et plus celle-ci se pose fréquemment, plus le droit international lui-même acquiert d'importance.

B). *Diversité des législations.* — La deuxième raison qui nous fait admettre la nécessité d'un principe supérieur aux législations particulières des différents États, c'est la diversité qui les sépare.

Si le monde entier ne formait qu'une seule unité politique, si les lois, si les intérêts étaient partout les mêmes, si les éternels problèmes, qui partout sollicitent l'attention du législateur, avaient reçu en tous lieux une solution identique, les conflits seraient bien rares, et le droit international, qui a pour mission de les prévenir et de les trancher, perdrait sa meilleure raison d'être. Mais il n'en est pas ainsi, et souvent, jusque dans les limites d'une même souveraineté, nous trouvons des législations différentes qui se contredisent et qui se combattent.

La France, si fière aujourd'hui de son unité politique et législative, a passé par ces diversités, qu'expliquent la constitution lente et difficile de son territoire et les entraves apportées par la féodalité à l'affermissement du pouvoir royal. Avant 1789, le territoire français était morcelé en une foule de provinces et de principautés, n'ayant d'autre lien que la domination peu gênante de la royauté, n'ayant entre elles ni affinité de races, ni homogénéité de caractères et de mœurs, parlant souvent des langues ou plutôt des patois différents, enfin soumises, les unes au droit vieilli de l'ancienne Rome, les autres à des coutumes si nombreuses et si diverses que Voltaire pouvait rire à bon droit d'un pays où le voyageur change plus souvent de législations que de chevaux. La Révolution, continuant l'œuvre de la royauté, a passé son niveau sur toutes ces différences, peu compatibles avec notre nouvelle organisation politique et sociale. Il n'y a plus dans la France continentale qu'une autorité, qu'une justice, qu'une loi; et si, dans un intérêt supérieur de colonisation, la métropole a dû respecter les mœurs et les coutumes de quelques-unes de nos possessions d'outre-mer, il est permis d'entrevoir le moment où l'assimilation sera un fait accompli dans le domaine de la législation comme celui des institutions politiques.

Mais aujourd'hui encore il subsiste au sein de plusieurs États étrangers des différences de législations qui rappellent l'ancienne France. — Le nouveau Code civil promulgué pour tous les États de l'Empire allemand, n'est entré en vigueur que le 1er janvier 1900. — Le Code civil autrichien n'est pas applicable dans toutes ses parties aux populations de la Hongrie, de la Croatie, de la Slavonie, de la Transylvanie. — La Grande-Bretagne, l'Écosse et plusieurs colonies dépendant du Royaume-Uni sont régies par des lois différentes. — La Suède et la Norvège n'ont pas de Code unique. — De même les divers États composant la grande République de l'Amérique du Nord et les

cantons suisses ont encore chacun sa législation propre. — Enfin la Pologne et la Finlande, quoique absorbées dans l'Empire russe, n'ont pas cessé d'être régies par leurs lois nationales.

Mais, alors même que toutes les nations seront arrivées à réaliser, chacune dans les limites de son territoire, l'unité législative qui semble être le but constant de leurs efforts, il subsistera toujours entre les différents États des oppositions d'intérêts et de coutumes qui rendront les conflits inévitables et fréquents. D'une part, en effet, chaque pays est, par la fécondité de son sol, par la richesse, par la variété de ses productions, par sa situation géographique, appelé à une destinée qui lui est propre. « Autant il y a de divers climats, régions et contrées, autant semble-t-il que Dieu les ait voulu faire abonder en certaines propriétés, commodités, denrées, matières, arts et métiers spéciaux et particuliers, qui ne sont point communs ou, pour le moins, de telle beauté en autres lieux, afin que par le trafic et le commerce de ces choses, dont les uns ont abondance et les autres disette, la fréquentation, conversation et société humaines soient entretenues entre les nations, tant éloignées puissent-elles être les unes des autres[1] ». De l'autre, le développement intellectuel de ses habitants, le degré de leur civilisation, leurs croyances religieuses ne sont pas les mêmes en tous lieux. Aussi chaque État s'est-il donné les institutions politiques et les lois qu'il a jugées les plus conformes à son tempérament, à ses traditions nationales, à la situation de son territoire : « On ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence[2] ».

Cette divergence entre les législations humaines est-elle un bien ou un mal?

Lorsqu'il s'agit de régler un intérêt commun à tous les États sans distinction, et abstraction faite des différences qui peuvent exister entre eux sous le rapport des mœurs et de la civilisation, on conçoit qu'une certaine uniformité de législations soit désirable. Pour prendre un exemple, nous verrons au cours de ces études, qu'en fait il arrive parfois qu'un même individu ait deux nationalités à la fois ou n'en ait aucune; ce qui présente de très graves inconvénients, notamment au point de vue du service militaire. Or il n'est pas douteux que l'adoption par tous les Codes d'une règle unique sur l'acquisition

[1] Fragment d'une lettre adressée par Sully au roi Henri IV et citée par M. Wolowski dans une conférence sur la monnaie.

[2] Pascal, *Pensées*, article VI, § 8.

et sur la perte de la nationalité serait de nature à prévenir des conflits fréquents. — Peut-être serait-il également possible d'arriver à une entente internationale en vue d'établir une législation commerciale et maritime, un droit cambiaire uniforme? Le commerce en effet et le change sont cosmopolites de leur nature et reposent sur des usages qui sont partout les mêmes. — Mais la plupart des lois subissent par la force même des choses l'influence des climats et des mœurs et sont le reflet de l'organisation politique et sociale du peuple qu'elles sont appelées à régir. Tant que les hommes et les races différeront, ces lois sont elles-mêmes condamnées à la variété. « Les lois, disait Montesquieu, doivent être tellement propres au pays pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. Il faut qu'elles se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi ou qu'on veut établir, soit qu'elles le forment comme font les lois politiques, soit qu'elles le maintiennent comme font les lois civiles. Elles doivent être relatives au physique du pays, au climat glacé, brûlant ou tempéré, à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur, au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir, à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières[1] ».

Asservir tous les hommes à une règle unique, sans tenir compte des différences morales et physiques qui les séparent, sacrifier des tendances et des intérêts qui peuvent être opposés à une uniformité inflexible autant que chimérique, ce serait paralyser l'esprit d'initiative et l'activité propres à chaque race, et dont le concours réalise l'équilibre social. « Un seul gouvernement, a dit Condorcet, n'aurait fait du corps humain qu'un corps exténué et languissant étendu sans vigueur sur la surface de la terre; les différents États sont autant de corps agiles et robustes qui, en se donnant la main les uns aux autres, n'en forment qu'un, et dont l'action réciproque entretient partout le mouvement et la vie ». — Que dire dès lors de ces utopistes qui, rêvant un état impossible, ne désespèrent pas de voir s'opérer un jour l'union politique et législative de toutes les nations, dans laquelle disparaîtront à jamais, avec les races et l'idée même de patrie, les diversités de lois et de coutumes?

[1] Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. I, chap. III.

Ces diversités favorisent le développement du génie particulier à chaque nation; elles apportent à l'harmonie universelle un précieux concours et méritent d'être conservées; mais comment résoudrons-nous les conflits auxquels elles donneront forcément naissance?

Rien n'est plus facile, lorque le conflit s'élève entre deux États qui reconnaissent une souveraineté commune, entre deux États de l'Amérique du Nord, entre deux cantons suisses. Dans ce cas en effet il y a une loi acceptée par tous deux et qui s'applique à tous deux au même titre : c'est la loi *fédérale;* il y a une autorité que tous deux respectent également : c'est *l'autorité fédérale* qui, chargée de veiller aux intérêts généraux de la confédération et aux bons rapports des États confédérés entre eux, a toute compétence pour connaître du conflit qui les sépare. Ce conflit échappe au droit *international* proprement dit; sa solution relève du droit fédéral, que nous pourrions appeler *interprovincial* ou *intercantonal.*

Mais, lorsque la difficulté surgit entre deux *souverainetés* entièrement indépendantes l'une de l'autre, n'ayant ni législation, ni autorité communes, apparaît la nécessité d'un principe supérieur à toutes deux, au nom duquel le conflit pourra être vidé, en un mot du *droit international.*

Ainsi, d'une part, la multiplication des relations internationales, de l'autre, la diversité nécessaire des législations humaines aboutissent à la conception d'une science destinée à concilier les droits et les intérêts de tous les États.

5. Sources du droit international. — Nous connaissons les services que le droit international est appelé à rendre à l'humanité et la sphère dans laquelle il se meut. Mais cela ne saurait nous suffire. Théoriquement obligatoires, ses règles n'auront d'autorité effective qu'autant qu'elles auront été portées à la connaissance de ceux qu'elles gouvernent. Le droit naturel conduit à la loi positive. Il faut donc nous demander où il nous sera possible de trouver formulés les principes du droit international. Cette étude consiste à rechercher par quelles *sources* notre science est alimentée.

Trois sources principales peuvent être assignées au droit international : d'un côté *la législation et la jurisprudence intérieures de chaque État;* de l'autre, *le consentement des nations intéressées*, enfin la *doctrine des auteurs.*

A). *Première source*. LÉGISLATION ET JURISPRUDENCE. — La législation intérieure de chaque État fournit au droit international des éléments d'une grande importance. Son *droit public* fixe la représentation du pays à l'étranger, l'autorité près de laquelle seront accrédités les ambassadeurs et les agents diplomatiques des autres Puissances, l'autorité à laquelle il appartient de conclure ou de ratifier les traités, de faire la paix et la guerre. — Le *droit privé* s'occupe de la condition des étrangers et pose les bases d'après lesquelles sera résolu sur le territoire soumis à son autorité le conflit des lois privées des différents pays; il précise la compétence des tribunaux nationaux à l'égard des plaideurs étrangers et mesure la force qui doit être attribuée aux actes publics et aux jugements étrangers. — Enfin le *droit criminel* limite l'empire de la loi pénale, quant aux lieux et quant aux personnes; il détermine dans quels cas les malfaiteurs étrangers seront justiciables de la juridiction territoriale.

Si nous examinons la loi française à ce triple point de vue, force nous est de reconnaître que ses dispositions sont loin d'apporter au droit international un aussi fort contingent que plusieurs législations étrangères.

Droit public. — L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, *sur l'organisation des pouvoirs publics*, les articles 8 et 9 de celle du 16 juillet 1875, *sur les rapports des pouvoirs publics*, déterminent les attributions respectives du chef de l'État et des Chambres en ce qui touche la représentation du pays, le droit de paix et de guerre, et la conclusion des traités.

Droit privé. — Dans le Code civil, nous rencontrons l'article 3, qui formule les principes applicables à la solution des conflits de lois; les articles 8, 9, 10, 12, 13, 17 à 21, concernant la nationalité; les articles 11, 14, 15 et 16, relatifs aux droits privés dont la jouissance peut être réclamée par les étrangers en France; les articles 47 et 48 sur les actes de l'état civil reçus en pays étranger; les articles 170 et 171 sur les mariages internationaux; les articles 999 et 1000 sur les testaments dressés hors de France, enfin les articles 2123 et 2128, sur les hypothèques judiciaires ou conventionnelles. Le Code de procédure civile nous présente l'article 546, relatif à l'exécution en France des actes et des jugements étrangers; et à ces divers textes nous pouvons ajouter la loi du 3 décembre 1849, sur le séjour des étrangers en France, celle du 30 mai 1857, sur les sociétés anonymes étrangères, les lois sur la protection des droits d'auteur, des brevets

d'invention, des dessins et modèles industriels et des marques de fabrique, la loi du 8 août 1893 sur les étrangers qui exercent une profession parmi nous; on y trouve de nombreuses indications sur les droits que la France reconnaît aux étrangers ou sur ceux qu'elle réclame au dehors pour ses nationaux.

Droit criminel. — Enfin les articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle, tels que les ont faits les lois du 27 juin 1866 et du 3 avril 1903, nous disent dans quels cas des infractions commises à l'étranger tomberont sous le coup de la loi française.

Mais, à côté de ces dispositions, que de lacunes demandent à être comblées! Et, parmi les lois existantes, combien peuvent être critiquées, comme inspirées par une défiance injuste de l'étranger et par des idées d'un autre âge!

La jurisprudence des tribunaux de chaque pays en matière internationale mérite aussi d'être comptée parmi les sources qui servent à dégager les principes de notre science. La loi pose les bases : à la jurisprudence il appartient de la compléter, d'en déduire les applications nécessaires, d'en éclairer la portée. Plus les lois sont rares en notre matière, plus elles sont laconiques dans leurs dispositions, plus aussi la mission des tribunaux s'élève, plus grandit l'autorité de leurs décisions.

Mais, quelle que soit l'importance doctrinale de ces lois, de ces jugements, leur application immédiate et directe se restreint nécessairement soit à un territoire donné, soit à certaines personnes déterminées.

Ils ont cependant, au point de vue du droit international, une utilité pratique très grande, puisqu'ils permettent de constater avec certitude les règles qui dirigent les différents peuples dans leurs rapports avec les autres nations et de procéder ainsi à une sorte de codification partielle, en extrayant de tous les documents législatifs ou judiciaires un certain nombre de principes incontestés et universellement reconnus.

Sans doute, un État ne peut imposer une règle de conduite à d'autres États, dont l'indépendance est égale à la sienne; mais il peut, sans sortir des limites de sa souveraineté, dicter à ses tribunaux et à ses agents, soit par une loi, soit par tout autre mode d'instruction, les règles dont ils devront s'inspirer dans leurs décisions; et ces décisions elles-mêmes, tout en obligeant les parties entre lesquelles elles sont rendues, ont pour tous la valeur d'un précédent.

La législation et la jurisprudence intérieures d'un État concourent donc à la formation de notre science ; mais leur action toute locale est insuffisante. « Faites complètement abstraction des tendances étroites et égoïstes que l'idée d'une souveraineté sans borne et sans frein, agissant dans l'isolement, produit nécessairement. Supposez le législateur (ou le juge) animé des intentions les plus saines, les plus libérales et les plus désintéressées, il ne pourra que bien faiblement contribuer à l'harmonie nécessaire, aussi longtemps qu'il se confinera dans sa position individuelle. *Une action concertée en vue de satisfaire à des principes ou à des intérêts communs et de s'accorder quelques garanties réciproques est seule capable de conduire au but. Toute harmonie suppose nécessairement un accord de vues et de volontés, ou l'autorité d'une loi supérieure qui s'impose d'elle-même ou par l'exercice d'une contrainte extérieure*[1] ».

Cet accord de vues et de volontés, cette loi supérieure ne peut se manifester que par l'échange des consentements des nations intéressées. Nous arrivons ainsi à la deuxième source du droit international.

B) *Deuxième source.* — CONSENTEMENT DES NATIONS. — Les nations ont, quand il s'agit de déterminer leurs droits et leurs obligations réciproques, une personnalité semblable à celle des individus. Entre deux individus, les rapports de droit naissent presque toujours d'un accord de volontés, expresses ou présumées, s'exerçant dans les limites tracées par la loi ; de même c'est l'entente des nations intéressées qui est la base ordinaire de leurs rapports juridiques ; non pas que cette entente ait la puissance de créer le droit des gens — nous savons qu'il est supérieur à toute convention, — mais elle le constate ; elle en formule les principes ; elle en déduit les conséquences.

Dans les relations internationales comme dans les relations individuelles, l'accord des volontés peut être *exprès* ou *tacite*. Exprès, il résulte des traités diplomatiques et des décisions rendues par les juridictions internationales. Tacite, il engendre la coutume internationale.

Consentement exprès. — 1° Traités diplomatiques. — D'une manière générale, on entend par traité diplomatique tout accord de volontés intervenu dans certaines formes solennelles entre deux ou plusieurs États, sur un objet déterminé.

[1] Ch. Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, 1876, p. 15.

Nous n'avons pas à nous occuper des conditions et des formalités auxquelles est subordonnée la validité des traités : c'est au droit constitutionnel de chaque État qu'il appartient de déterminer l'autorité chargée de les négocier et de leur donner la ratification.

Suivant l'objet qu'ils se proposent, les traités portent souvent des noms différents. — Dans une signification restreinte, et lorsqu'ils se limitent à un ordre d'intérêts spécialement déterminé, on les appelle quelquefois *conventions :* en ce sens on dit une convention postale, une convention relative à la protection des droits d'auteur, à celle des marques de fabrique. — On connaît sous la dénomination de *cartels* certaines conventions dépourvues de solennité, comme celles qui se rapportent à l'échange des prisonniers de guerre ou des soldats déserteurs. — D'autres enfin sont appelées *déclarations, protocoles ;* mais, quels que soient leurs noms et leur importance, tous ces traités ont la même origine et empruntent leur valeur à l'accord des volontés dont ils sont l'expression. D'ailleurs, disons-le avec le savant directeur du *Journal du droit international privé*, « rien de plus changeant que le dictionnaire de nos diplomates, encore que quelques-uns aient été académiciens. Traité, convention, déclaration, arrangement, etc., autant de mots que l'on puise un peu au hasard sans autre règle que l'inspiration individuelle. Au milieu de cette classification flottante, on est tenté de reconnaître avec Montaigne, sans offense pour les rédacteurs des instruments diplomatiques, *qu'ils n'ont d'aultre sergeant de bande à ranger leurs pièces que la fortune*[1] ».

Les traités ont les objets les plus divers : les uns se proposent le rétablissement de la paix ou la conclusion d'une alliance entre deux États; d'autres la réglementation de leurs rapports industriels et commerciaux, la protection des intérêts privés de leurs nationaux; d'autres enfin l'extradition des accusés et des malfaiteurs réfugiés.

Le plus souvent ces traités, ayant en vue la solution d'une difficulté pendante, interviennent entre des États dont le nombre est nécessairement très limité et n'engagent pas l'avenir. Quelquefois aussi, bien qu'ayant pour objet direct de statuer sur un litige déterminé, les conventions posent certains principes dont les parties devront désormais s'inspirer pour résoudre les conflits de même nature. Enfin, en dehors de ces conventions qui portent sur un intérêt propre à telle ou telle nation, il en est d'autres dont l'objet principal est de poser des

[1] M. Ed. Clunet, dans le *Journal du droit int. privé*, 1880, p. 35.

règles sur un point d'intérêt général; et dans ces traités, qui sont souvent l'œuvre d'une conférence diplomatique ou d'un congrès, on comprend à merveille l'accession d'un assez grand nombre d'États, puisqu'il ne s'agit plus de liquider le passé, en tranchant une contestation déjà née, mais d'engager l'avenir par l'admission d'un principe abstrait; nous citerons dans cet ordre d'idées les conventions de droit international privé signées à La Haye, le 14 novembre 1896 et le 12 juin 1902.

Tous ces traités, quel que soit le nombre des Puissances signataires, quelle que soit l'étendue des intérêts qui s'y trouvent engagés, n'ont et ne peuvent avoir qu'une valeur essentiellement relative. N'émanant pas d'une autorité supérieure reconnue par toutes les nations, ils ne sauraient obliger celles qui n'y ont pris aucune part, et, comme les conventions entre particuliers (C. civ., art. 1165), ils n'ont effet qu'au regard des parties contractantes : « *Res inter alios acta alteri neque nocere neque prodesse potest*[1] ». Du moins exercent-ils une grande influence sur la formation de notre science, en ce qu'ils permettent de discerner les règles qui dirigent les gouvernements dans leurs relations extérieures.

D'ailleurs, les traités modernes ont une tendance très prononcée à l'uniformité : dans la plupart des conventions statuant sur un objet particulier, on trouve, comme dans certains actes notariés, de véritables clauses de style, et il est facile de s'en convaincre en comparant les traités d'extradition les plus récents. On voit se répéter dans ces traités, comme aussi dans ceux qui s'occupent de la protection des œuvres de l'esprit et des marques de commerce, certaines stipulations invariables qui forment une sorte de droit commun international, et qu'il est utile de connaître, parce qu'elles servent à interpréter les clauses obscures ou douteuses.

2° Décisions des juridictions internationales. — Lorsque deux ou plusieurs Puissances sont convenues de remettre la solution du litige qui les sépare, ou qui met aux prises leurs nationaux, à une juridiction constituée, soit d'une manière accidentelle et temporaire, comme celle des *arbitres*, soit d'une manière permanente, comme les *tribunaux* mixtes de la réforme égyptienne, institués en 1875 et plusieurs fois prorogés depuis, et comme certains tribunaux douaniers ou de navigation fluviale, elles acceptent par cela même la décision favorable ou défavorable à leurs intérêts, qui sera rendue.

[1] L. 27, § 4, *De pactis*, au Digeste, (II, 14).

Cette décision tire donc toute sa force d'un compromis, c'est-à-dire de l'accord des parties intéressées, du contrat judiciaire qui l'a rendue possible, et, à ce titre, elle mérite de figurer, à côté des traités diplomatiques, parmi les manifestations expresses du consentement des Puissances qui concourent à former le droit international; mais, comme ces traités eux-mêmes, les jugements émanés des juridictions internationales ne peuvent lier que les États entre lesquels ils sont intervenus, « *Res inter alios judicata alteri neque nocere neque prodesse potest*[1] ».

Consentement tacite (Coutume internationale). — La *coutume* joue un rôle important dans toutes les branches de la législation, parce qu'elle supplée aux lacunes ou aux imperfections de la loi positive; elle la corrige, elle la complète, elle la plie aux mœurs et aux nécessités locales. En matière internationale, son utilité augmente encore, en l'absence d'une *loi écrite* qui réglerait les rapports des nations entre elles.

Mais il existe une différence essentielle entre la coutume internationale et les coutumes intérieures qui contribuent à créer la législation propre à chaque État : cette différence est celle qui sépare une *convention* d'une *loi*.

La coutume internationale est une véritable *convention tacite*, ratifiée par la tradition; la coutume intérieure, une *loi*, introduite et maintenue par l'usage. L'une se forme en vertu du *consentement* présumé des nations intéressées; l'autre naît d'un *commandement* présumé de l'autorité chargée de faire la loi. L'une n'a donc qu'une force d'application relative et se limite aux rapports des États qui y ont tacitement adhéré; l'autre, au contraire, a la portée absolue d'une loi et oblige tous ceux qu'une loi écrite aurait liés.

La coutume internationale repose ainsi sur une convention tacite, dont elle tire toute son autorité. Mais comment sera-t-il possible, en l'absence d'un traité officiellement rédigé, de constater son existence? On interrogera l'histoire, les procès-verbaux des conférences et des congrès, ceux des négociations diplomatiques, les discussions soulevées dans les parlements par les questions extérieures, les notes échangées par les chancelleries, les circulaires adressées aux représentants de chaque État par leurs ministres respectifs, et on extraira de tous ces documents les indications qui paraîtront de nature à jeter quelque jour sur les usages internationaux.

[1] Code civ., art. 1351.

Cette recherche se trouve d'ailleurs singulièrement facilitée par l'habitude qu'ont prise dans ces dernières années un certain nombre de gouvernements européens de livrer à la publicité les papiers et la correspondance diplomatique qui n'ont rien à redouter du grand jour. Le recueil qui contient ces documents est ordinairement désigné par la couleur de sa couverture. L'Angleterre a son *Livre bleu;* l'Autriche et l'Espagne, leurs *Livres rouges;* l'Italie, son *Livre vert;* l'Allemagne, son *Livre blanc;* enfin la France, depuis 1860, un *Livre jaune* dont la publication est continuée, non sans quelque intermittence, par le ministère des Affaires étrangères.

C) *Troisième source.* — DOCTRINE DES AUTEURS. — Il serait injuste, en terminant ce rapide exposé des sources du droit international, d'omettre les magnifiques travaux des jurisconsultes et des publicistes qui, eux aussi, ont le droit de revendiquer une part considérable dans le développement de notre science. A ceux qui, comme Grotius, Pufendorf, Hubner, Vattel, Bentham, Martens, dans la sphère du droit public, comme les statutaires des quatre derniers siècles, dans celle des intérêts privés, ont préparé son avènement par leurs savants écrits, il convient de joindre la brillante pléiade des auteurs contemporains, à qui nous sommes redevables des progrès incessants que le droit des gens réalise aussi bien dans le domaine des conventions et des usages internationaux que dans celui des lois et des décisions judiciaires.

Parmi les savants qui font des questions internationales l'objet de leurs études, il en est qui occupent dans leurs pays de véritables fonctions publiques et qui ont pour mission de résoudre les difficultés et les doutes que leurs gouvernements peuvent leur soumettre. En Angleterre, nous trouvons les conseillers de la Couronne, dont les opinions jouissent d'un immense crédit. En France, le gouvernement a institué près le ministère des Affaires étrangères un comité consultatif du contentieux, qui a été réorganisé par un décret du 17 juillet 1882 et qui comprend, à côté des représentants du Sénat, de la Chambre des députés, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, un professeur à la Faculté de droit de Paris. En Belgique, aussi bien qu'en France, nous trouvons des commissions officielles permanentes chargées de l'examen des questions de droit international privé que les gouvernements de ces deux pays sont appelés à résoudre. Enfin en Italie fonctionne un comité consultatif des affaires extérieures qui,

à plusieurs reprises, a fait preuve d'une grande indépendance.

Mais, en dehors des jurisconsultes officiels qui ont reçu de leurs gouvernements une sorte de *jus publice respondendi* en matière internationale, il faut reconnaître les services désintéressés rendus à la science du droit des gens par les jurisconsultes indépendants qui, soit dans l'enceinte des congrès et des sociétés savantes, soit dans leurs chaires, soit dans leurs écrits[1], se sont efforcés de mettre en lumière ses véritables principes.

Ce sera l'un des traits distinctifs de notre époque que l'importance prise depuis quelques années par l'étude du droit international. Dans tous les pays se sont fondées des associations florissantes dont les travaux se proposent un double objet : l'étude des législations étrangères et la solution des conflits internationaux.

Au premier rang figure l'*Institut de droit international*, fondé à Gand en 1873 et qui compte dans son sein des jurisconsultes et des hommes d'État appartenant à l'Ancien et au Nouveau Monde. L'Institut tient au moins tous les deux ans, dans une ville désignée d'a-

[1] Parmi les ouvrages les plus remarquables qui ont été consacrés au droit international privé, nous signalerons : en France, Foelix et Demangeat, *Traité de droit international privé*, 4e éd., 1866; Despagnet, *Précis de droit international privé*, 4e éd., 1904; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, 4e éd., 1904; Audinet, *Principes élémentaires de droit international privé*, Paris, 1894; De Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé;* Pillet, *Principes de droit international privé*, 1903; A. Lainé, *Introduction à l'étude du droit international privé*, t. I et II, seuls parus jusqu'à ce jour; Vincent et Pénaud, *Dictionnaire de droit international privé*, 1887; en Allemagne, en dehors des œuvres de Schaeffner, de Waechter et de Savigny, dont il sera parlé plus loin, L. von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2e éd., 1889; Niemeyer, *Positives internationales Privatrecht*, 1894; Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, 1897; en Angleterre, Westlake, *A Treatise on Private international Law, or the conflict of Laws*, 3e éd., 1898; Dicey, *The Law of domicile*, traduit par Émile Stocquart, en 1888, sous ce titre : *Le statut personnel anglais;* en Belgique, Laurent, *Le droit civil international*, 1880-1881; Albéric Rolin, *Principes du droit international privé*, 1897; en Espagne, Torres Campos, *Elementos de derecho internacional privado*, 2e éd., 1893; De Bustamante, *Tradado de derecho internacional privado*, t. I, 1896; La Habaña; aux États-Unis, Story, *Commentaries on the conflict of Laws*, 8e éd., 1883; Wharton, *A Treatise on the conflict of Laws or Private international Law*, 1872-1881; en Italie, P. Fiore, *Diritto internazionale privato*, 3e éd., 1889-1903, traduit en français sur la 2e édition, par Ch. Antoine; Catellani, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, 1883-1888; aux Pays-Bas, Asser, *Eléments de droit international privé*, trad. A. Rivier, 1884; en Suisse, Ch. Brocher, *Cours de droit international privé*, 1882-1883; Ern. Roguin, *Conflits des lois suisses en matière internationale et intercantonale*, 1891; Meili, *Das internationale Civil und Handelsrecht*, 1902.

vance, une session, dans laquelle sont discutés les projets et les rapports préparés par les commissions. Il s'adresse au public par une *Revue* périodique, qui rend compte de ses travaux et s'occupe de la solution doctrinale des difficultés et des litiges[1], et, depuis 1877, par un *Annuaire*, qui mentionne les faits internationaux les plus remarquables qui se sont produits dans l'intervalle de ses sessions.

En Angleterre a été créée une *Association pour la réforme et la codification du droit des gens*, dont le but est de poursuivre la rédaction d'un Code international; elle a pour organe un *Report of the annual Conference*, qui paraît à Londres.

La France n'est pas demeurée en arrière de ses voisines. La *Société de législation comparée*, fondée à Paris en 1869, étend tous les jours le champ de son activité, et, par les documents innombrables qu'elle met à la disposition de tous ceux qui s'occupent d'études internationales, rend à la science les services les plus signalés. Un *Bulletin* mensuel et deux *Annuaires*, l'un de législation étrangère, l'autre de législation française, attestent périodiquement le zèle désintéressé de ceux qui la composent et le succès de leurs investigations[2].

Le *Comité de législation étrangère*, institué au ministère de la Justice, en 1876, par l'illustre M. Dufaure, apporte d'ailleurs à ces investigations un concours efficace et précieux. Ce Comité, qui s'honore d'avoir à sa tête un jurisconsulte éminent, M. Léon Aucoc, est parvenu, grâce à la dotation annuelle que les pouvoirs publics ne lui ont pas marchandée, grâce aussi aux relations d'échange qu'il s'est empressé de nouer avec les chancelleries des divers États de l'Europe et à des libéralités nombreuses, à réunir une collection très complète de textes et d'ouvrages de doctrine ou de jurisprudence, relatifs au droit étranger et au droit international. Il a même entrepris, avec l'assentiment du garde des Sceaux, la traduction en français et la publication des principaux Codes qui régissent les autres nations.

Enfin, un reconnaissant hommage est dû à M. Édouard Clunet, le sympathique directeur du *Journal du droit international privé*, qui, depuis 1874, a su grouper, dans son recueil, avec une élite de rédacteurs de nationalités diverses, tous les faits, toutes les décisions judi-

[1] *Revue de droit internat. et de législation comparée*, publiée à Bruxelles par MM. Asser, Westlake, Nys et Hymans, 1869-1905.

[2] Des sociétés similaires ont été créées à Londres (*Society of comparative legislation*) et à Berlin (*Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*).

ciaires, toutes les solutions doctrinales qui peuvent intéresser le public international [1].

Seul, l'enseignement du droit des gens laissait à désirer dans nos grandes Écoles. Le *droit international public*, d'abord enseigné dans les seules Facultés de droit de Paris et de Strasbourg et au Collège de France, s'est peu à peu répandu dans les autres centres universitaires, et la création d'une *Revue* française [2] lui a donné un nouvel essor. Mais jusqu'en 1880 le droit international privé n'avait pas eu part à la sollicitude des pouvoirs publics. Le décret du 28 décembre 1880 a comblé une lacune aussi regrettable, et aujourd'hui les Facultés françaises n'ont plus rien à envier sous ce rapport aux Universités d'Allemagne, d'Italie et des Pays-Bas.

La doctrine des jurisconsultes, quelle que soit la forme dans laquelle elle se manifeste, occupe donc une place tous les jours plus importante dans l'avenir du droit international; elle le prépare par la discussion; elle dégage les principes qui lui servent de base et figure ainsi à bon droit parmi les sources de notre science.

6. Divisions du droit international. — Le droit international privé. — Nous ne reviendrons pas sur la distinction du droit international *positif* et du droit international *naturel;* elle nous est connue par l'étude du fondement rationnel sur lequel le droit des gens repose. De même, en recherchant les sources que lui donnent la vie, nous avons déterminé l'existence d'un droit international *écrit* et d'un droit international *coutumier*, l'un engendré par la loi, par les sentences judiciaires ou arbitrales, et par les traités diplomatiques, l'autre résultant de l'usage commun des nations.

Ces divisions ne sont pas les seules.

Si nous analysons les divers intérêts dont le droit international a pour objet de résoudre le conflit, nous voyons qu'ils se rattachent à deux ordres de rapports très différents.

[1] Depuis 1902, parait encore à Paris un *Bulletin pratique de droit international privé*, fondé par M. Marc Réville, avocat et député. Signalons aussi à l'étranger la *Zeitschrift für internationales Privat und öffentliches Recht*, publiée depuis 1891 à Leipzig par M. Böhm, puis par M. le D[r] Niemeyer, et l'excellent *Bulletin argentin de droit international privé*, que dirige à Buenos-Aires avec autant de compétence que de talent. M. Estanislao Zeballos, ancien ministre des Affaires étrangères.

[2] *Revue générale du droit international public*, publiée depuis 1894, chez Pedone-Lauriel, à Paris, par MM. Pillet et Fauchille.

Parfois le conflit s'engage à l'occasion d'un ***intérêt général.*** Il s'agit d'un problème de droit public, d'une question de souveraineté, de délimitation territoriale, de paix, de guerre, de représentation diplomatique. Dans ce conflit ce sont les intérêts de l'État envisagé comme Puissance, comme personne internationale, qui sont en jeu, et c'est en son propre nom qu'il agit.

Tantôt, au contraire, le conflit se porte sur le terrain des ***intérêts privés.*** Un Français se marie en pays étranger : d'après quelle législation la validité de ce mariage devra-t-elle être appréciée? Est-ce la loi française ou la loi étrangère qui en régira les formes, les conditions intrinsèques et les effets juridiques? — Un Anglais meurt, laissant en France des biens immobiliers. Quelle est la loi qui présidera à la dévolution de son héritage? La loi anglaise qui est la loi nationale du *de cujus*, ou bien la loi française, qui est la loi de la situation des biens? — Ici l'État n'intervient à la solution du litige que comme gardien des intérêts privés de ses nationaux. Comme dans la précédente hypothèse, deux souverainetés sont en présence; il y a donc *conflit international;* seuls les intérêts engagés diffèrent, et à cette différence correspond une distinction entre deux branches importantes du droit international : le *droit public* et le *droit privé.*

Toutes les fois que le conflit porte sur un intérêt général, c'est au *droit international public* qu'il appartient de le résoudre; toutes les fois, au contraire, que le conflit se circonscrit dans la sphère des intérêts privés, c'est au *droit international privé* que nous demanderons sa solution.

Le droit international privé est donc pour nous *l'ensemble des règles applicables à la solution des conflits qui peuvent surgir entre deux souverainetés à l'occasion de leurs lois privées respectives ou des intérêts privés de leurs nationaux.*

On l'a parfois défini : le droit qui régit les rapports *entre particuliers de nations différentes;* mais il est aisé de reconnaître que cette définition ne saurait convenir à tous les conflits internationaux qui peuvent naître du choc des intérêts privés. Souvent, en effet, c'est à l'occasion des rapports qui existent entre particuliers de même nationalité que le conflit s'élève. Reprenons les exemples que nous avons présentés ci-dessus. — Que deux Français contractent mariage en pays étranger, la question de savoir à quelle législation seront soumis les conditions et les effets civils de leur union est bien évidemment du domaine du droit international privé; et cependant les conjoints

sont tous deux Français. — De même c'est au droit international privé à déterminer les règles suivant lesquelles sera dévolue la succession immobilière d'un Anglais décédé en France, sans autres héritiers que des Anglais. Ici encore l'unité de nationalité n'est pas un obstacle à son application.

Nous pouvons adresser une autre critique à cette définition; elle semble oublier que ce ne sont pas des rapports *entre particuliers*, mais des rapports *entre États* que le droit *international* a pour objet de régler : tel est, en effet, le caractère commun au droit international public et au droit international privé, et s'ils diffèrent, ce n'est, répétons-le, que par la nature des intérêts qui sont en jeu.

Rien n'est plus simple en apparence que le critérium que nous avons assigné à cette distinction, et cependant rien n'est plus difficile que de se mettre d'accord sur la portée qu'il faut lui attribuer.

A quelle branche du droit international rattacherons-nous les conflits auxquels peuvent donner lieu les lois de procédure et les lois criminelles, soit qu'il s'agisse d'assurer aux jugements émanant des autorités étrangères certains effets sur notre territoire, soit qu'il s'agisse de livrer aux tribunaux étrangers un malfaiteur réfugié sur le sol français, et réciproquement.

En ce qui touche les conflits dont les lois de procédure peuvent être la source, nous n'hésitons pas à penser qu'il relèvent du droit international privé. La procédure en effet est le complément nécessaire des lois civiles et commerciales; elle ne saurait en être isolée. « A quoi bon, disait Boitard, rechercher avec soin l'étendue et la mesure de nos droits, si nous ne savions aussi quelle sanction les protège et les défend, si nous ne connaissions quelles règles, quels principes président à ces luttes judiciaires, que chaque jour fait surgir le conflit des intérêts privés[1] ». La sanction ne va pas sans le droit qu'elle garantit, et les conflits de procédure en matière civile et commerciale appartiennent, comme les conflits portant sur le fond même du droit, au droit international privé.

Quant aux conflits de législations criminelles qui peuvent s'élever entre deux souverainetés, la question de savoir si c'est au droit international privé qu'ils empruntent leur solution est particulièrement délicate.

Un Français s'est rendu coupable à l'étranger, en Angleterre par

[1] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de procédure civile*, t. I, p. 3.

exemple, d'un crime ou d'un délit présentant quelque gravité. Il revient en France et devance ainsi par la fuite les poursuites de la justice étrangère. Restera-t-il impuni? L'autorité française devra-t-elle le remettre à l'autorité du lieu où l'infraction a été commise pour être jugé conformément à la loi anglaise? Ou bien aura-t-elle le droit de le juger elle-même et de lui appliquer les peines portées par la loi française?

Ce conflit de la loi personnelle du Français et de la loi territoriale étrangère rentre-t-il dans le domaine du droit international privé? On l'a contesté avec une très grande force d'arguments. En matière criminelle, a-t-on dit, l'intérêt capital, celui qui prime tous les autres, c'est l'*intérêt général*, celui de la société que le crime a lésée. C'est l'action publique qui domine le procès criminel, et l'action civile celle qui tend à la réparation du préjudice causé, n'y joue qu'un rôle accessoire et effacé. D'autre part, la procédure de l'extradition suppose un accord entre deux États et l'intervention de la diplomatie. — Ainsi les deux caractères du droit international public se trouvent réunis dans la solution d'un semblable conflit; il sépare *deux États*, à l'occasion d'un *intérêt général*.

Cette opinion, à laquelle l'éminent professeur de droit des gens de la Faculté de Paris a prêté l'appui de son autorité[1], ne nous satisfait pas entièrement. Sans doute en matière criminelle, le conflit s'élève entre deux États; mais ce n'est pas là, nous le savons, le propre du droit international public. D'autre part l'intérêt général n'est pas seul en jeu dans les poursuites criminelles. Le plus souvent c'est une atteinte au droit privé, à la vie, à la fortune d'un citoyen qu'il s'agit de réprimer; et c'est toujours la vie, l'honneur et la fortune de l'inculpé qui sont les enjeux du procès. Les poursuites criminelles touchent donc à des *intérêts privés*, et à ce titre on pourrait, avec plusieurs auteurs, comprendre dans le droit international privé les conflits auxquels elles donnent naissance.

Pour nous, sans méconnaître les affinités que le conflit des lois criminelles présente avec le droit public d'une part, avec le droit privé de l'autre, nous croyons qu'il est préférable d'y avoir une branche distincte de notre science, le *Droit international criminel*.

Le droit international public et le droit international privé diffèrent donc au point de vue des intérêts que tous deux se proposent de

[1] L. Renault, *op. cit.*, p. 26.

concilier; mais ce n'est pas là la seule différence qui les sépare. La solution des problèmes de droit international public échappe ordinairement à la législation intérieure de chaque État et à l'action de ses tribunaux, tandis que les conflits d'intérêt privés sont le plus souvent soumis dans chaque État aux lois et aux juridictions nationales. D'un côté, c'est l'action diplomatique, de l'autre, l'action législative et judiciaire qui joue le rôle prépondérant.

Notre *Manuel de droit international privé* aura quatre livres.

Dans le *premier*, nous étudierons la théorie de la *nationalité*, que l'arrêté ministériel du 24 juillet 1895 a détachée de l'enseignement du droit civil pour la comprendre dans celui du droit international privé, et qui en forme l'introduction naturelle. Avant de savoir ce que l'étranger peut et doit faire dans notre pays, il est indispensable de savoir qui est étranger, de savoir à quels signes l'étranger se reconnaît du national.

Le *second livre* sera consacré à la *condition civile des étrangers*. Nous y rechercherons quels doivent être et quels sont les droits et les obligations de celui qui n'est pas membre de la cité.

Ces droits et ces obligations une fois déterminés dans leur existence, il s'agira d'en mesurer l'étendue, de fixer les règles suivant lesquelles ils devront être appréciés. Le *troisième livre* répondra à cette question, qui comprend tout le droit international privé proprement dit; nous y traiterons du *conflit des lois civiles et commerciales*.

Mais ce n'est pas tout d'avoir établi l'existence d'un droit et d'avoir conclu théoriquement à l'application de telle ou telle loi. Quelles sont les sanctions qui protègent le droit de l'étranger? quel est le tribunal qui lui fera justice? quelles sont les formes de procédure, les voies de recours, les modes d'exécution qui lui seront ouverts ou qui lui seront appliqués? Toutes ces questions si importantes feront l'objet d'un *quatrième livre : Compétence, procédure et jugements*.

LIVRE PREMIER

DE LA NATIONALITÉ[1].

La nationalité peut être définie le lien qui rattache une personne à une *nation* déterminée.

Qu'est-ce qu'une *nation?*

Dans une acception politique et abstraite, la nation ne doit pas être confondue avec l'État; elle est l'idée première dont celui-ci procède. Les éléments qui concourent à la former sont la race, la religion, le langage, les mœurs, l'histoire, la législation, et ces divers éléments ne constituent la nation qu'autant qu'ils ont été, pour ainsi dire, cimentés par l'unité morale, par la volonté commune de ceux qu'il s'agit de grouper sous un même sceptre ou dans un même État. Dès que cette volonté générale s'est ajoutée à la communauté d'origine et d'intérêts, la nation existe, et c'est pour elle un droit inaliénable et sacré que de s'organiser en État. Ce droit est pour elle ce qu'est pour l'homme le droit à la liberté individuelle, et le *principe des nationalités* a pour objet d'assurer son triomphe.

Mais à quels signes reconnaîtra-t-on l'unité de culture ou d'origine, constitutive de la nation? Est-ce à l'identité du langage? mais tout le monde sait que souvent des individus de même race parlent des dialectes très différents, tandis qu'inversement la même langue est en usage chez des peuples que tout sépare. Est-ce à la similitude du vi-

[1] V. Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, 2e édit., Paris, 1890; Le Sueur et Dreyfus, *La nationalité, Commentaire de la loi du 26 juin 1889*, Paris, 1890; Rouard de Card, *La nationalité française*, Paris, 1893, et notre *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. I. *La nationalité*.

sage et des traits? mais, le temps et la fusion des races accomplissant leur œuvre, il serait peu sûr de s'attacher exclusivement à la conformation physique des individus.

La vérité est que le critérium de la nationalité n'existe pas ou est impossible à déterminer avec certitude, en dehors d'un accord intervenu entre l'État et le citoyen. Le principe des nationalités est toujours une arme dangereuse et sans portée.

Quelle que soit la manière dont un État s'est constitué, l'appréciation de sa légitimité nous échappe. Tant que le principe des nationalités ne sera pas une vérité démontrée en droit public et n'aura pas prévalu d'une manière absolue dans les rapports politiques des peuples, la nation s'identifiera avec l'État, lorsqu'il s'agira de déterminer la situation juridique de ceux qui la composent. *Nation* et *État*, *nationalité* et *sujétion* sont donc synonymes : la nationalité est le lien contractuel qui rattache à l'État chacun de ses membres.

C'est dans un contrat synallagmatique, intervenu entre l'État et le citoyen que se trouve, selon nous, la base juridique de la nationalité. Le lien de nationalité ou de sujétion est contractuel, c'est-à-dire qu'il naît et ne peut naître que d'un accord de volontés : celle de l'État d'une part, celle du citoyen de l'autre; et le contrat ainsi formé est synallagmatique, c'est-à-dire qu'il engendre des obligations réciproques entre les deux parties (C. civ., art. 1102). L'État, en effet, accorde à ses nationaux et est tenu de leur accorder la protection de ses lois et la tutelle de ses magistrats; il leur reconnaît certains droits civils et politiques et se charge de les faire respecter même au delà de ses frontières. En échange de cette sollicitude, il a le droit d'exiger de ses ressortissants, même émigrés, le respect de ses lois, il peut les contraindre à participer aux charges publiques et à la défense de son territoire. État et citoyen ont donc tous deux des droits et des devoirs l'un envers l'autre. Ce qui est droit pour l'État est devoir pour le citoyen, et réciproquement.

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATIONALITÉ D'ORIGINE[1].

Sommaire.

I. Notions historiques. *Jus sanguinis* et *jus soli.*
II. Influence du *jus sanguinis* sur la nationalité d'origine dans le droit français actuel.
  Section I. — Enfants légitimes.
  Section II. — Enfants naturels.
  Section III. — Enfants adoptifs.
III. Influence du *jus soli* sur la nationalité d'origine dans le droit français actuel.
  Section I. — Enfants domiciliés à l'étranger et nés en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même.
  Section II. — Enfants domiciliés en France à l'époque de leur majorité et nés en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même.
  Section III. — Enfants nés en France d'un étranger qui lui-même y est né.
  Section IV. — Enfants nés en France e parents inconnus ou dont la nationalité est incert ine.
IV. Conflits de nationalités d'origine.

Toute personne doit avoir une patrie. Si la société a besoin, pour se constituer et pour fonctionner régulièrement, du concours de toutes les forces individuelles, l'homme, lui aussi, a besoin pour arriver à l'entière satisfaction de ses appétits et de ses désirs, de l'assistance de ses semblables. Il doit donc, c'est une loi de nature, appartenir à un groupe plus ou moins nombreux, au sein duquel il développera et exercera ses facultés. Sa faiblesse native lui fait une nécessité de se rattacher à une force supérieure et collective, qui lui serve d'appui et de refuge. L'homme ne se conçoit pas plus sans patrie qu'il ne se conçoit sans famille : l'idée de patrie n'est qu'une extension de

[1] V. Geouffre de la Pradelle, *De la nationalité d'origine*, 1893.

l'idée de famille. Les rapports sociaux sont une nécessité de la vie de relation, et c'est dans la nationalité qu'ils trouvent leur formule et leur réglementation naturelle. Le premier devoir du législateur envers l'enfant nouveau-né est de lui assigner, en prenant conseil de son intérêt présumé, de la volonté qui serait vraisemblablement la sienne, s'il était en état de la faire connaître, une nationalité qui le saisira, à l'heure même de sa naissance, et à laquelle il demeurera fidèle, jusqu'au jour où, devenu capable d'avoir et d'exprimer ses préférences, il se donnera à la patrie de son choix.

C'est donc à l'interprétation de la volonté de l'enfant que se réduit, au moins dans la doctrine moderne, qui fait dériver le droit de cité d'un contrat intervenu entre l'État et chacun de ceux qui le composent, la détermination de sa *nationalité d'origine*. Mais cette volonté, qui ne peut encore se faire jour, de quels indices, de quelles circonstances sera-t-on en droit de l'induire? C'est là une difficulté sur laquelle les législations sont loin de s'être mises d'accord.

Les unes, dominées par les souvenirs de la féodalité, qui faisait de l'homme l'esclave et l'accessoire inséparable de sa terre natale, attribuent à chacun la nationalité de l'État sur le territoire duquel il a reçu l'existence. C'est la vieille doctrine du *jus soli* qui, après avoir régné, presque sans partage, dans l'ancienne France, et, jusqu'en 1870, dans le droit britannique, exerce encore aujourd'hui son influence exclusive sur certaines constitutions de l'Amérique du Sud.

D'autres, préférant la tradition de l'antiquité grecque et romaine, s'en tiennent au *jus sanguinis*, et admettent que l'enfant reçoit toujours, avec la vie, la nationalité de ses auteurs, quel que soit d'ailleurs le lieu de sa naissance. Ainsi le décident les lois de l'Allemagne, de l'Autriche-Hongrie, du Japon, de la Norvège, de la Roumanie, de la Serbie et de la Suisse.

Enfin, un assez grand nombre de Codes ont fait place en même temps aux deux principes rivaux, et, prenant tantôt le *jus sanguinis*, tantôt le *jus soli*, comme point de départ, tempèrent par l'un les rigueurs excessives de l'autre, soit qu'ils accordent à l'enfant né sur le territoire où ils sont en vigueur certaines facilités pour acquérir la nationalité de ses habitants, soit qu'ils lui permettent de se soustraire, moyennant quelques conditions, à cette nationalité, à laquelle sa naissance lui donne droit, pour revenir à celle de ses parents. Ce système intermédiaire se trouve consacré dans les lois de la Belgique, du Brésil, de la Bulgarie, du Danemark, de l'Espagne, des États-Unis d'A-

mérique, de la Grande-Bretagne, de la Grèce, de l'Italie, du Luxembourg, de la principauté de Monaco, des Pays-Bas, du Portugal, de la Russie, de la Suède et de la Turquie; c'est aussi, nous le verrons, le système de la loi française.

TITRE I

Notions historiques. — Jus sanguinis et Jus soli.

Les législations grecque et romaine conféraient à l'enfant la nationalité de ses parents *jure sanguinis*, et n'attribuaient aucun effet à sa naissance sur le territoire de la cité.

Les peuples anciens étaient jaloux de leur droit de cité et auraient craint d'en obscurcir l'éclat en l'accordant au premier venu que le hasard aurait fait naître chez eux; il fallait que la nationalité du père répondît du patriotisme de l'enfant. Le principe que la filiation seule peut donner à l'enfant nouveau-né la qualité de citoyen était entendu en Grèce et à Rome d'une manière excessivement sévère.

En Grèce, celui-là seul naissait citoyen, dont le père *et* la mère étaient revêtus de cette qualité. Et la théorie romaine n'était guère moins rigoureuse; deux règles la résument :

1° L'enfant né *ex justis nuptiis* d'un père, Romain au jour de la conception, lui emprunte sa nationalité[1].

2° L'enfant né en dehors des *justæ nuptiæ* reçoit la nationalité qui appartenait à sa mère au jour de l'accouchement[2]. De cette règle devait, semblait-il, résulter cette conséquence, qu'une femme mariée à un pérégrin donnait le jour à un enfant romain, pourvu qu'elle fût elle-même investie du droit de cité romaine, au jour de la naissance de ce dernier; mais une loi *Mensia* ou *Minicia*, dont la date est incertaine, avait écarté cette conséquence, en décidant que l'enfant dont l'un des auteurs n'aurait pas été investi du droit de cité naîtrait lui-même pérégrin[3]. Un tempérament fut, il est vrai, apporté à cette loi par un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Hadrien, aux termes duquel le droit de cité est acquis à tout enfant, dont le père et la mère sont tous deux Romains lors de sa naissance, encore que

[1] L. 19, *De statu hominum*, au Digeste (I, 5).
[2] Gaïus, I, 67, 90, 92. L. 24, *De statu hominum*, au Digeste (I, 5).
[3] Ulpien, *Reg.*, V, 8.

cette qualité leur aurait fait défaut, ou à l'un d'eux, au moment de la conception[1].

Chez les Germains, la nationalité d'origine ne se déterminait ni par l'influence du *jus sanguinis* ni par celle du *jus soli;* elle résultait de l'affiliation à une tribu.

Est Germain tout individu né de parents étrangers ou de parents germains, sur le sol de la Germanie ou au dehors, qui s'est fait recevoir dans une tribu. « Et on voit alors se présenter ce singulier phénomène, d'un peuple pour qui la naissance n'est pas une cause de protection, qui confond sous le même nom d'étranger tous ceux qui ne sont pas affiliés, qu'ils soient ètrangers proprements dits ou d'origine germaine[2] ».

Après la migration des barbares en Occident, chaque tribu s'étant choisi un territoire et s'y étant établie, on en vint insensiblement à substituer à l'idée d'*association* l'idée de *souveraineté territoriale*. Le seigneur terrien se proclama l'héritier des droits de l'association et considéra comme ses *familiares* tous les individus nés sur le sol de la seigneurie. A la révolution qui fit succéder, à l'époque féodale, la *territorialité des coutumes* à la *personnalité des lois barbares*[3], correspond ainsi un changement analogue dans la détermination de la nationalité d'origine. De même que tout homme est désormais justiciable de la loi *réelle* du lieu qu'il habite, de même aussi l'enfant acquiert la nationalité du lieu de sa naissance. L'homme devient l'accessoire de la terre; il est naturel qu'il en accepte les lois et qu'il en reçoive une patrie. Le *jus soli* apparaît donc avec la féodalité, et son application à la détermination de la nationalité de l'enfant présentait alors d'incontestables avantages. Avantageuse pour le seigneur et pour le roi, puisqu'elle leur donnait de nouveaux sujets, elle rendait en même temps au fils d'étranger le service de l'affranchir des droits d'aubaine, auxquels sa filiation l'aurait assujetti.

Le *jus soli* a régné en France pendant toute la durée de l'ancien régime. Au XVIe siècle, Bacquet professait que « les vrais et naturels Français sont ceux qui sont naiz dedans le royaume, pais, terres et seigneuries de la nation, domination et obéissance du roy[4] ». Et, au temps de Domat et de Pothier, cette doctrine n'avait subi aucun chan-

[1] Gaïus, I, 77 et 92.
[2] Ch. Beudant, *Revue critique*, 1856, t. IX, p. 65.
[3] Voir ci-dessous, livre deuxième.
[4] Bacquet, *Droit d'aubaine*, I, ch. 1, n° 2.

gement sensible : « Les enfants des étrangers, dit Domat, s'ils naissent dans un État où leur père était étranger, se trouvent originaires de cet État ; ils en naissent sujets et y ont les droits de naturalité, comme si leur père avait été naturalisé[1]. » Et Pothier : « On ne considère pas si ceux qui naissent en France sont nés de parents français ou de parents étrangers, si les étrangers sont domiciliés dans le royaume ou s'ils n'y sont que passagers. La seule naissance dans le royaume donne les droits de naturalité indépendamment de l'origine des père et mère et de leur demeure[2] ».

Nos vieux auteurs avaient, par réciprocité, reconnu la nationalité étrangère à tout individu né hors de France, même de parents français : « Nous tenons en France que tout homme, *qui est né dedans le Royaume*, pais, terres et seigneuries de l'obéissance du roy de France, est appelé *aubein* ou estranger, soit qu'il fasse résidence continuelle au royaume, soit qu'il y demeure pour certain temps seulement, soit qu'il soit simple viateur et passager[3]. »

Cependant, vers la fin de l'ancien régime, on voit se produire un essai de conciliation entre le *jus sanguinis* et le *jus soli*. La jurisprudence en était venue à attribuer rétroactivement la qualité de Français aux enfants nés à l'étranger de parents français, pourvu qu'ils eussent établi leur domicile sur le territoire du royaume (Arrêt du 12 mars 1707). Et Pothier constate qu'à l'époque où il écrivait, le *jus sanguinis* avait réalisé de nouveaux progrès : tout individu né à l'étranger du mariage d'un Français, ou hors mariage d'une Française, n'ayant pas fixé son domicile hors du royaume et ayant conservé l'esprit de retour, est, par une sorte de fiction d'exterritorialité, considéré comme né en France, et par suite comme investi de la nationalité française[4]. Mais en droit, la doctrine qui rattache au *jus soli* l'acquisition de la nationalité d'origine n'en demeurait pas moins la base de notre ancienne législation, et elle a subsisté dans ses traits généraux jusqu'à la promulgation du Code civil, c'est-à-dire pendant toute la période intermédiaire qui sépare ce dernier du renversement de la Monarchie ; on retrouve le *jus soli* dans toutes les constitutions républicaines postérieures à 1789[5].

[1] Domat, *Droit public*, liv. I, tit. 6, sect. 4, n° 5.
[2] Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. 2, sect. 1re, n° 45.
[3] Bacquet, *op. cit.*, I, ch. 2, n° 1.
[4] Pothier, *op. cit.*, part. I, tit. 2, sect. 1re, nos 43 et 46.
[5] Constitution des 3-14 septembre 1791, tit. 2, art. 2 ; Const. du 24 juin 1793, art. 4 ; Const. du 5 fructidor an III, art. 8 ; Const. du 22 frimaire an VIII, art. 2.

Dans les discussions qui précédèrent la rédaction du Code civil, le système du *jus sanguinis* et le système du *jus soli* furent mis en présence.

Tout le monde était d'accord pour attribuer la nationalité française à l'enfant né d'un Français *en pays étranger;* mais en ce qui touche les enfants nés d'un étranger sur notre territoire, l'article 2 du projet reproduisait la doctrine traditionnelle : « Tout individu *né en France* est Français ». Et à l'appui de cette disposition, trois ordres de considérations différentes étaient invoqués :

a) La première raison était une raison d'*humanité :* « Nous tenions autrefois pour maxime, disait Boulay dans son *Exposé des motifs,* que la France était pays naturel de la liberté, et que dès qu'un esclave avait le bonheur de mettre le pied sur son territoire, par cela seul, il cessait d'être esclave. Pourquoi ne reconnaîtrait-on pas de même, dans cette terre heureuse, la faculté naturelle d'imprimer la qualité de Français à tout individu qui y aurait reçu la naissance [1]. »

b) D'autre part on faisait observer que l'*intérêt français* réclamait le maintien du *jus soli :* « On disait que les événements de la guerre avaient amené en France beaucoup d'étrangers qui s'y étaient mariés, *qu'il y avait avantage à regarder leurs enfants comme Français*, parce qu'ils seraient soumis à la conscription et aux autres charges publiques; que, s'ils recueillaient des successions à l'étranger, ils en rapporteraient le produit en France, et qu'il était probable que le plus grand nombre y resterait : d'après ces motifs, on décida d'abord que les enfants de ces étrangers jouiraient des droits civils, sans avoir besoin de déclarer qu'ils entendaient être Français [2]. »

c) Enfin le premier Consul faisait reposer sur l'*attachement présumé de l'enfant pour sa terre natale* l'application du *jus soli* à la détermination de sa nationalité d'origine : « Il ne peut y avoir que de l'avantage, disait-il au cours de la discussion, à étendre l'empire des lois françaises. *Les fils d'étrangers qui se sont établis en France ont l'esprit français, les habitudes françaises ; ils ont l'attachement que chacun porte naturellement au pays qui l'a vu naître* [3]. »

Les deux premières raisons n'ont aucune base sérieuse.

Ce que Boulay représentait, dans son langage emphatique, comme

[1] Locré, *Législation civile,* t. II, p. 58.

[2] Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. I, p. 18.

[3] Locré, *op. cit.*, t. II, p. 35.

l'application d'une idée hospitalière et généreuse était surtout un souvenir de la féodalité et de l'ancien régime qui, voyant dans l'homme un accessoire du sol, devaient nécessairement rattacher sa nationalité au lieu de sa naissance.

D'autre part le *jus soli* ne devait pas être, sous le régime du Code civil, aussi favorable à l'intérêt français qu'on veut bien le dire. Il était dangereux en effet, alors que notre législation refusait à l'étranger tout droit de succession en France, d'attribuer la qualité de Français, sans aucune condition de domicile ou de résidence, aux individus nés sur le territoire de parents étrangers. Peut-être ont-ils conservé leur résidence, leurs affections bien loin de la France, et s'empresseront-ils d'y emporter les successions françaises que le *jus soli* les rend habiles à recueillir? L'intérêt français ne saurait s'accommoder d'une semblable exportation de nos richesses nationales. — Mais, dit-on, en soumettant à la conscription tout individu né en France d'un père étranger, le *jus soli* donnera à notre pays de nombreux soldats. Qu'importe! la force d'une armée ne réside pas seulement dans le nombre de ceux qui la composent; mais dans leur esprit de discipline, dans leur sentiment du devoir, dans leur patriotisme, et ces qualités se rencontreront rarement chez des hommes que leur origine sépare de la France et qui ont été, malgré eux, enrôlés, sous ses drapeaux.

Reste le troisième motif : l'attachement présumé de l'enfant pour le lieu de sa naissance. Sans méconnaître le moins du monde l'attraction de la terre natale, il nous semble difficile d'en faire le fondement unique de la nationalité d'origine. Le patriotisme est le fruit de l'éducation, du milieu, des habitudes; il ne s'acquiert que par un séjour prolongé; et le seul fait d'être né sur un territoire qu'on n'a jamais habité ne saurait être une garantie suffisante d'attachement à la France. « Eh quoi! disait Siméon au Tribunat dans la séance du 25 frimaire an X, le fils d'un Anglais peut devenir Français par cela seul que sa mère, traversant la France, l'aura mis au jour sur cette terre, étrangère à elle, à son mari, à ses parents! Si chaque nation fait une telle déclaration, nous perdrons autant de Français que nous en gagnerons; on n'appartiendra plus à sa famille, à sa nation; la patrie dépendra moins de l'affection qui y attache, du choix et de l'établissement que du hasard de la naissance. Ouvrons nos portes aux étrangers; mais ne nous en saisissons pas malgré eux[1]. »

[1] Locré, *op. cit*, t. II, p. 248.

Bien plus fondée paraît être la présomption contraire, qui détermine par la filiation, par le *jus sanguinis*, la nationalité de l'enfant nouveau-né. Celui-ci étant naturellement incapable de manifester sa volonté d'appartenir à telle ou telle patrie, il est raisonnable de penser qu'il a voulu se rattacher à l'État dont ses parents sont membres et obéir aux mêmes lois. Ces lois conviennent à l'enfant comme au père, parce qu'elles sont modelées sur les qualités constitutives de la race, que ce dernier lui a transmises avec la vie, et, ses intérêts se confondant le plus souvent avec les intérêts paternels, leur administration souffrirait d'une diversité de législations, conséquence de la différence des nationalités. Cependant cette présomption ne saurait résister à la preuve contraire : l'enfant, devenu capable, est maître de la détruire par une manifestation expresse de volonté, dont l'effet sera de le soumettre à l'application du *jus soli*, en le rendant citoyen du pays sur le territoire duquel il est né.

Tel est le système qui, sur les observations du Tribunat, avait prévalu dans le Code civil de 1804. Son article 9, tout en reconnaissant au fils d'étranger né en France la nationalité d'origine de son père, lui permettait d'acquérir la qualité de Français, au moyen d'une option formulée dans l'année de sa majorité : à cela se bornait l'influence du *jus soli*.

La loi du 7 février 1851 alla plus loin. Inspirée par le désir de combattre les progrès et les dangers toujours croissants de l'*heimathlosat*, elle vint attribuer de droit à l'enfant né sur le sol français d'un étranger qui, lui-même, y a vu le jour, la nationalité française, sous la condition *résolutoire* d'une option exprimée, dans sa vingt-deuxième année, en faveur de la patrie dont relève son père.

Enfin, la loi du 26 juin 1889, due à l'initiative de M. Batbie et modifiée en 1893, a fait un pas nouveau et décisif dans le sens d'un retour au *jus soli*. Tandis qu'elle déclare Français l'enfant né en France d'un père qui lui-même est né en pays étranger, tantôt sous la condition suspensive d'une option favorable à la France, s'il n'y a pas son domicile au jour de sa majorité (C. civ., art. 9), tantôt sous la condition résolutoire d'une option contraire, s'il y est domicilié à la même époque (C. civ., art. 8-4°), la nationalité française est définitivement acquise à celui auquel un père étranger né lui-même en France a donné le jour sur notre territoire (C. civ., art. 8-3°); et il n'a d'autre moyen de s'y soustraire que de se soumettre aux conditions auxquelles le droit commun subordonne la perte de la qualité de Français (C. civ., art. 17 et 19).

TITRE II

Influence du jus sanguinis sur la nationalité d'origine dans le droit français actuel.

Le principe que l'enfant suit la nationalité de ses parents ne se trouvait formulé en termes généraux dans aucun texte du Code civil de 1804. L'article 10, § 1, se bornait à dire que : « Tout enfant né d'un Français *en pays étranger* est Français ». Des enfants nés *en France* de parents français, il n'était pas question. Néanmoins, le silence que la loi avait gardé pour eux ne signifiait nullement que le bénéfice du *jus sanguinis* leur était refusé. *Nés en France* de *parents français*, ils avaient un double titre à la nationalité française; ils étaient à la fois protégés par le *jus soli* et par le *jus sanguinis*, par le droit ancien et par la législation nouvelle. Aucun doute n'étant dès lors possible sur leur condition, il pouvait sembler inutile de leur consacrer une disposition formelle. Mais le véritable motif de ce silence nous est indiqué par les incidents qui ont marqué la rédaction du titre premier du Code civil. L'article 2 du projet conférait la nationalité française à tout individu né sur le sol français, et l'article 10, § 1, du texte définitif devait compléter cette disposition, en attribuant, à l'exemple de la législation des derniers temps de l'ancien régime, la qualité de Français aux enfants nés à l'étranger de parents français. Ces deux articles faisaient donc partie d'un même tout, et, le premier ayant été écarté, sur la demande du Tribunat, l'article 10 du § 1 lui-même aurait dû disparaître devant une formule plus générale, embrassant, dans ses termes, tous les enfants nés de parents français, soit à l'étranger, *soit en France*.

Cette formule a trouvé place dans la loi du 26 juin 1889. Le nouvel article 8-1° du Code civil est ainsi conçu : « Est Français..... tout individu né d'un Français *en France* ou à l'étranger. »

Ainsi, dans le système du Code civil, l'enfant n'a pas en principe d'autre patrie d'origine que celle de ses auteurs; la filiation est attributive de nationalité. Mais l'application de cette règle, en apparence si simple, n'est pas sans soulever des difficultés sérieuses, dont quelques-unes sont demeurées en dehors des prévisions de la loi.

Pour les résoudre nous distinguerons trois hypothèses :

1° L'enfant est *légitime*.

2° L'enfant est *naturel*.
3° L'enfant est *adoptif*.

SECTION I. — *L'enfant est légitime.*

Lorsque le père et la mère, dont le mariage a donné naissance à l'enfant, sont tous deux Français, aussi bien à l'époque de l'accouchement qu'à celle de la conception, le *jus sanguinis* s'applique sans difficulté ; *l'enfant naît Français.*

Mais que décider, si les époux appartiennent à des nationalités différentes? Sans doute les articles 12 et 19 du Code civil, qui attribuent en général à la femme la nationalité de son mari, rendront cette éventualité très rare ; mais elle est loin d'être impossible, même sous l'empire de la loi nouvelle, qui se montre cependant plus favorable que la législation de 1804 à la conservation de l'unité de patrie dans la famille. Peut-être en effet, la femme française devenue l'épouse d'un étranger n'a-t-elle pas acquis la nationalité de ce dernier? en ce cas elle n'a pas cessé d'être Française (C. civ., art. 19). Peut-être aussi le mari a-t-il changé de patrie au cours du mariage? or, les conséquences de ce changement lui demeurent personnelles en principe et n'affectent en rien la condition de sa femme; l'article 12, § 2 et l'article 18 du Code civil n'associent la femme aux effets de la naturalisation ou de la réintégration qu'il a obtenue en France, que si elle l'a expressément demandé. Enfin, rien, croyons-nous, n'empêche une femme mariée d'acquérir, en se conformant aux règles qui gouvernent sa capacité, une nationalité différente de celle de son mari.

Un enfant naît d'un père français et d'une mère naturalisée belge avant sa naissance. Quelle sera sa patrie?

Il semble à première vue que les liens du sang qui rattachent l'enfant à chacun de ses auteurs étant de même nature et de même force, il n'y ait aucune raison pour lui donner la qualité de Français plutôt que celle de Belge; logiquement il devrait avoir deux patries; et c'est pour échapper à un semblable cumul que M. Laurent, ne prenant conseil que de l'intérêt de l'enfant, lui permet d'opter entre la nationalité de son père et celle de sa mère[1]. Ce système est inadmissible — et le célèbre professeur de Gand ne fait pas difficulté d'en convenir dans un de ses derniers ouvrages[2] — parce qu'il introduit dans l'état

[1] Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, p. 429.
[2] Laurent, *Le droit civil international*, t. III, p. 183.

juridique des personnes une incertitude dangereuse, et méconnaît ainsi l'intérêt de la société, qui veut que la nationalité de chacun soit déterminée d'une manière définitive dans le plus bref délai possible. S'il était entré dans la pensée du législateur, soit en 1804, soit en 1889, de le consacrer, nul doute qu'il n'eût fixé un délai de rigueur limitant l'exercice du droit d'option, comme il l'a fait dans l'article 9. Son silence équivaut à un désaveu. Autrement il faudrait admettre que, pendant toute la durée de sa vie, l'enfant est maître de faire connaître son choix, et de revenir sur le passé.

Presque tout le monde est aujourd'hui d'accord pour attribuer à l'enfant légitime la nationalité de son père. Partout en effet où les droits de la mère se trouvent en opposition avec ceux du père sur la personne de l'enfant, c'est au père que la loi donne la préférence. C'est le père qui est le représentant légal de l'enfant mineur (C. civ., art. 373); c'est le père, dont le consentement, même en cas de refus de la mère, l'habilite au mariage (C. civ., art. 148); c'est lui qui lui transmet son nom; ses intérêts se confondent presque toujours avec les siens. Il est donc naturel de présumer que l'enfant a voulu partager la condition de son père. Plus tard, si son intérêt mieux entendu le pousse à embrasser la nationalité de sa mère, il sera toujours libre de l'acquérir par une naturalisation, obtenue conformément au droit commun.

Au surplus, la règle à laquelle nous croyons devoir nous attacher subira forcément une exception, pour le cas où la mère de l'enfant légitime posséderait seule une nationalité certaine. Cet enfant ne sera pas *peregrinus sine civitate* comme son père, mais empruntera le droit de cité dont sa mère est revêtue. Alors, en effet, il n'y a pas de conflit possible entre les nationalités paternelle et maternelle; et comme toute personne doit avoir une patrie, il n'est que rationnel de tenir compte exclusivement à l'enfant de celle de ses deux filiations qui doit le soustraire à l'*heimathlosat*.

Il arrivera parfois que le père ait changé de nationalité, dans l'intervalle qui sépare la conception de la naissance de l'enfant. A quel moment faudra-t-il alors se placer pour déterminer la condition de ce dernier? La loi ne l'a pas dit, et plusieurs systèmes ont été proposés en vue de subvenir à son silence.

Premier système. — C'est toujours à l'époque de la *conception* que l'on doit regarder : l'enfant prend la nationalité qui était à ce jour

celle de son père, quelque modification qu'elle ait reçue avant sa naissance. Avec la conception, en effet, se termine l'œuvre du père; l'existence de l'enfant est désormais indépendante de la sienne propre; il peut mourir sans que la vie de l'enfant en soit elle-même affectée; pourquoi les changements de nationalité qu'il pourra accepter ou subir auraient-ils une influence quelconque sur l'état de ce dernier? Cette opinion qui semble conforme à la nature des choses, s'autorise en outre de la tradition romaine.

Deuxième système. — L'enfant n'emprunte la nationalité qui appartenait à son père lors de la conception que si son intérêt le réclame; elle constitue pour lui un droit, non une obligation; en d'autres termes on fait intervenir ici la règle *Infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodis agitur*, que les articles 725 et 906 du Code civil ont appliquée à des hypothèses particulières. En principe, l'enfant acquiert donc la nationalité de son père au jour de sa naissance; mais il lui est loisible d'invoquer la fiction qui le répute né dès l'époque de sa conception, sans que cette fiction puisse être retournée contre lui.

Troisième système. — La nationalité française, si l'on se place au point de vue spécial du législateur français, doit être considérée comme étant par elle-même tellement avantageuse pour l'enfant, qu'il suffit, pour que ce dernier la possède, qu'elle ait appartenu à son père, soit au moment de la conception, soit au jour de la naissance, soit à un moment quelconque de la gestation. L'enfant n'a aucun choix personnel à faire : la loi, s'inspirant de ce qu'elle estime être son véritable intérêt, choisit pour lui, et il ne lui est pas permis d'échapper aux conséquences de cette présomption légale,

Enfin, un *quatrième système* attribue, dans tous les cas, à l'enfant la nationalité dont était revêtu son père à l'instant de sa *naissance*.

Le moment où la conception s'est opérée est entouré de mystère et d'incertitudes. Recourra-t-on, pour le déterminer, à la présomption de l'article 312 du Code civil, qui répute légitime tout enfant né plus de cent quatre-vingts jours après la célébration du mariage et moins de trois cents jours après sa dissolution? Mais il est de principe que les présomptions posées par la loi sont de droit étroit et ne peuvent être étendues en dehors des hypothèses qu'elles sont destinées à régir. L'article 312 a pour objet de mettre fin aux contestations que la légitimité soulève; la détermination de la nationalité lui est étrangère, et d'ailleurs son application en cette matière serait loin de lever toute

difficulté. La période légale de la conception comprend en effet cent vingt jours, pendant lesquels le père de l'enfant a pu changer une et même plusieurs fois de patrie; et de ces nationalités successivement acquises, laquelle attribuera-t-on à l'enfant? Aucun texte n'autorise le *droit d'option* que quelques-uns l'admettent à exercer.

Nous croyons que l'enfant légitime a toujours la nationalité d'origine, qui appartenait à son père au jour de la naissance. L'époque de l'accouchement est facile à établir avec certitude. Ses témoins, aussi bien que l'acte de l'état civil qui en fait foi, sont là pour l'attester. D'autre part, le nouvel article 8-1° du Code civil, comme l'article 10, § 1, dont il a pris la place, ne parle que de l'enfant *né* d'un Français et ne fait aucune allusion à sa conception.

Pour transporter dans notre hypothèse la fiction *Infans conceptus*, il faudrait un texte à ajouter aux articles 725 et 906, et le Code n'en contient aucun; bien au contraire, son article 961 proteste contre *toute* extension de la règle qui s'y trouve formulée; c'est donc à l'époque de la naissance de l'enfant que nous nous placerons pour déterminer sa nationalité d'origine.

Toutefois ce système ne pourra être appliqué à la lettre à l'enfant *posthume*, c'est-à-dire à celui dont la naissance a suivi le décès de son père. Ce dernier a perdu sa nationalité en même temps que la vie; il ne peut donc la transmettre à l'enfant, lorsque ce dernier vient au monde.

On a soutenu que l'enfant posthume, même né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage par la mort du mari, reçoit en naissant la nationalité que celui-ci avait à ce dernier jour (Arg. C. civ., art. 315) ; mais cette opinion nous inspire des doutes. Lorsque l'enfant naît avant la mort de son père, il a deux filiations égales, parallèles, sa filiation paternelle et sa filiation maternelle, et il est permis d'hésiter pour savoir laquelle sera attributive de nationalité; si nous accordons la préférence de la nationalité du père, c'est parce que la loi elle-même a pris soin de lui confier la garde de l'enfant et l'administration de ses intérêts. Mais les droits et les obligations du père ont pris fin avec lui; en naissant, l'enfant posthume n'a plus qu'une filiation : c'est celle qui le rattache à sa mère survivante, à la puissance exclusive de laquelle il est désormais soumis (C. civ., art. 372 et 373); et il est juste, croyons-nous, de lui donner aussi la nationalité maternelle; cette communauté de patrie permettra à la mère de gérer plus utilement les intérêts de l'enfant.

SECTION II. — *L'enfant est naturel.*

Ici, comme dans l'hypothèse qui vient d'être examinée, le principe est que la nationalité dérive de la filiation et se transmet *jure sanguinis;* mais il existe à ce point de vue une différence importante entre la condition de l'enfant légitime et celle de l'enfant naturel : c'est que, tandis que le seul fait d'être né d'un mariage entre ses père et mère confère à l'un la nationalité dont ils sont eux-mêmes revêtus, l'autre n'a de véritable état, de parents certains, qu'autant qu'il a fait l'objet d'une reconnaissance.

La reconnaissance est un aveu de paternité ou de maternité : elle est *volontaire*, lorsqu'elle émane de l'initiative du père ou de la mère, et, dans ce cas, elle ne peut résulter que de l'acte de naissance ou d'un acte postérieur passé en la forme authentique (C. civ., art. 334); elle est *forcée*, lorsque l'enfant dont la filiation est douteuse obtient un jugement qui constate le nom de sa mère, ou même le nom de son père, dans le cas exceptionnel où la recherche de la paternité est admise (C. civ., art. 340). Cette reconnaissance, volontaire ou forcée, établit un lien de filiation légale entre l'enfant et celui de ses père et mère qui l'a avoué; elle donne à ce dernier quelques attributs de la puissance paternelle (C. civ., art. 383) et crée entre les parents et les enfants naturels un droit de successibilité réciproque (C. civ., art. 746, 756 et s.).

Quelle sera la nationalité d'origine de l'enfant naturel?

Quatre cas sont possibles : Ou bien l'enfant n'a été reconnu ni par son père, ni par sa mère — et alors sa condition se confond avec celle de l'enfant né de parents inconnus dont il sera question plus loin; — ou bien l'enfant a été reconnu soit par son père, soit par sa mère seulement; ou bien il a été reconnu par tous deux dans le même acte ou dans le même jugement; ou bien encore il a été reconnu par ses père et mère, mais à des époques différentes. Ces trois dernières hypothèses méritent de retenir quelques instants notre attention.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *L'enfant naturel a été reconnu soit par son père, soit par sa mère seulement.*

La filiation de l'enfant n'est légalement certaine que d'un seul côté, par rapport à celui de ses parents qui l'a reconnu; c'est donc à la patrie de ce dernier que le *jus sanguinis* le rattache et qu'il doit appartenir (Arg. C. civ., art. 8-1°).

Mais la reconnaissance, volontaire ou forcée, dont bénéficie l'enfant naturel, est purement déclarative ; elle ne crée pas sa filiation ; elle la constate, et dès lors elle rétroagit nécessairement au jour même où cette filiation existe, c'est-à-dire à la naissance. Ainsi l'enfant acquerra rétroactivement une nouvelle patrie, par l'effet d'un acte ou d'un jugement survenu peut-être de longues années après qu'il a été mis au monde. Il y a là un danger manifeste. Le crédit de l'enfant né hors mariage, et la sécurité des tiers qui ont traité avec lui, se trouveraient singulièrement compromis, si un événement, postérieur de cinquante ans à sa naissance, avait la puissance de le dénationaliser dans le passé et de modifier le statut personnel, à l'abri et sous la foi duquel il a jusqu'à ce jour exercé ses droits.

Aussi l'article 8-1°, décide-t-il que l'enfant naturel conserve, nonobstant toute reconnaissance ultérieure, la nationalité dont il était investi en fait au jour de sa majorité, c'est-à-dire au moment où, de droit commun, il devient capable d'accomplir les actes de la vie civile et de contracter. L'enfant né en France d'un père et d'une mère qui ne se sont pas fait connaître, avant cette époque, demeure donc Français *jure soli* (C. civ., art. 8-2°) ; ni l'aveu volontaire de l'un de ses parents étrangers, ni le jugement établissant qu'il lui doit la vie, ne le privera de cette qualité, et force lui sera de recourir aux règles ordinaires de la dénationalisation, s'il veut se soustraire à l'allégeance française (C. civ., art. 17). Espère-t-il trouver quelque avantage dans la nationalité de celui dont les sentiments paternels se sont si tardivement révélés à lui, rien ne l'empêche, dès qu'il est majeur et capable, de demander à l'État, qui compte ce dernier au nombre de ses citoyens, une naturalisation dont les effets, limités à l'avenir, ne seront jamais une menace pour les intérêts d'autrui.

D'ailleurs, l'enfant est toujours maître d'attaquer et de faire tomber une reconnaissance mensongère ou erronée, et la jurisprudence incline même à ne lui accorder la nationalité de son père qu'autant qu'il a, d'une manière quelconque, manifesté la volonté de recueillir le bénéfice de sa reconnaissance : cette volonté peut résulter d'une possession d'état, d'un défaut de protestation, d'une acceptation de sucession, etc.; les tribunaux apprécieront.

Deuxième hypothèse. — *L'enfant naturel a été reconnu à la fois par son père et par sa mère; et cette reconnaissance résulte, à l'égard de tous deux, du même acte ou du même jugement.*

Dans ce cas, la filiation de l'enfant est établie par rapport à chacun de ses père et mère. Si tous deux ont une patrie commune, l'enfant mineur la leur emprunte. Mais, si le père est Belge, si la mère est Française, quelle sera la nationalité de l'enfant?

Jusqu'à la loi du 26 juin 1889, les textes laissaient cette question sans réponse, et trois systèmes avaient été proposés pour la résoudre.

L'enfant, disaient les uns, ressortira toujours à l'État dont relève sa mère. *Partus ventrem sequitur.* La tradition romaine le veut ainsi; et même aujourd'hui ce système présente de grands avantages pratiques. La maternité repose sur un fait apparent et presque toujours connu; la loi autorise sa recherche (C. civ., art. 341); aussi la filiation maternelle de l'enfant a-t-elle le plus souvent un caractère de certitude absolue. Sa filiation paternelle au contraire est des plus douteuses. La reconnaissance dont il réclame le bénéfice peut avoir été surprise à la naïveté ou aux passions de celui qui s'est dit son père. Si plusieurs hommes ont successivement avoué le même enfant, lequel lui transmettra sa nationalité? regardera-t-on à la date de la reconnaissance, ou permettra-t-on à l'enfant d'exercer un droit d'option? ce serait faire dépendre de graves intérêts d'un hasard ou d'un caprice. Le système qui attribue dans tous les cas à l'enfant naturel la nationalité de sa mère supprime ces incertitudes.

D'autres permettaient à l'enfant de prendre à son choix la nationalité de son père ou celle de sa mère. La double reconnaissance qui lui est acquise établissant sa filiation au regard de tous deux, il a une vocation égale à la nationalité qui est propre à chacun d'eux; mais, comme il lui est interdit d'avoir deux patries, que, d'autre part, il n'y a pas de raison décisive pour rattacher l'enfant plutôt à la patrie de son père qu'à celle de sa mère, il est naturel de s'en rapporter à lui comme au meilleur juge de ses intérêts, et de l'admettre à exercer un droit d'option.

Mais la majorité des auteurs et la jurisprudence décidaient avec raison, selon nous, que l'enfant naturel reconnu en même temps par ses deux auteurs emprunte toujours la nationalité de son père. Sans doute la reconnaissance opérée par le père putatif de l'enfant peut être le résultat d'une erreur ou d'un mensonge; mais, tant que les personnes qui ont intérêt à la contester n'en ont pas établi la fausseté, elle doit être tenue pour vraie. L'enfant naturel a donc un père et une mère légalement certains, et les règles que nous avons adoptées pour la détermination de la nationalité de l'enfant légitime peuvent

s'appliquer sans difficulté à cette hypothèse. C'est au père, en effet, que la loi accorde la préférence quand il s'agit de consentir au mariage de l'enfant naturel (C. civ., art. 148 et 158), quand il s'agit d'exercer sur lui certains attributs de la puissance paternelle (cbn. C. civ., art. 376 et s. et art. 383); et c'est aussi de son père que l'enfant est en droit d'attendre la protection et l'assistance les plus efficaces. Il est donc logique d'admettre pour l'enfant naturel reconnu par ses père et mère la même solution que pour l'enfant légitime, et de lui attribuer dans tous les cas la nationalité de son père.

Au surplus, le législateur de 1889 a rendu sur ce point toute controverse désormais impossible. Le nouvel article 8-1° du Code civil, consacrant les solutions de la jurisprudence, porte en effet dans sa disposition finale : « Si elle (la preuve de la filiation) résulte pour le père ou la mère du *même acte* ou du *même jugement*, l'enfant suivra la nationalité du père. »

Ce texte ne doit pas d'ailleurs être pris à la lettre; il n'est pas rigoureusement nécessaire, pensons-nous, pour qu'il reçoive son application, et pour que l'enfant naturel prenne la nationalité de son père, que sa filiation ait été prouvée au regard de ses deux auteurs par un acte ou par un jugement *unique*, il suffit que la preuve ait été faite le même jour pour le père et pour la mère, alors même qu'elle résulterait d'actes ou de décisions judiciaires intervenus en deux endroits différents.

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — *L'enfant naturel a été reconnu successivement par son père et par sa mère.*

Étant donné que l'enfant naturel reconnu par ses père et mère, en temps de minorité, suit en principe la nationalité paternelle, et que la reconnaissance dont il a fait l'objet rétroagit au jour où il est né, il semble que, quelle que soit l'époque où le père s'est fait connaître, l'enfant appartienne désormais à la patrie dont ce dernier relève, et que la qualité nouvelle qui lui est conférée doive effacer, même dans le passé, celle dont la reconnaissance déjà effectuée par sa mère a pu antérieurement le revêtir.

L'enfant né en France, et reconnu d'abord par une mère italienne, ensuite par un père belge, changerait ainsi deux fois de nationalité : Français *jure soli*, comme étant né sur notre territoire de père et mère inconnus, il deviendrait Italien par l'effet de la reconnaissance maternelle, puis Belge, à la suite de celle opérée par son père; et les deux

modifications successives ainsi apportées à son état agiraient *in præteritum*, se détruisant l'une l'autre, au détriment des situations acquises.

Il y aurait là un grave inconvénient et la pratique antérieure à 1889 n'y avait pas échappé; le nouvel article 8-1°, al. 2, a su heureusement l'éviter, en conservant toujours à l'enfant mineur la nationalité de celui de ses père et mère, par rapport auquel sa filiation a été établie en premier lieu : « L'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité, par reconnaissance ou par jugement, suit la nationalité de celui de ses parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. »

A quel moment convient-il de se placer pour déterminer la nationalité d'origine de l'enfant naturel? A l'époque de la conception? Au jour de la naissance? Au jour où la reconnaissance a lieu?

La reconnaissance étant de sa nature déclarative, il n'y a pas lieu, suivant nous, de tenir compte de la nationalité qui, au moment où elle s'est produite, appartenait aux parents de l'enfant. C'est la filiation de cet enfant qu'il faut considérer, et cette filiation existe antérieurement à l'acte qui lui donne la consécration légale. La naturalisation étrangère, obtenue dans l'intervalle par le père ou par la mère, Français au jour de la naissance, ne doit donc exercer aucune influence sur son état; il a un droit acquis à être Français lui-même, et un changement de patrie, qui est pour lui *res inter alios acta*, ne saurait l'atteindre.

Peu importe donc en principe la nationalité dont est revêtu le père ou la mère de l'enfant naturel à l'instant où la reconnaissance intervient! Et, pour déterminer si cet enfant est Français d'origine, il faut recourir à l'un où à l'autre des systèmes qui ont été ci-dessus exposés, à propos de l'enfant légitime [1]. Les uns distinguent suivant que l'enfant a été reconnu par son père ou par sa mère, et s'attachent, dans le premier cas à l'époque de la conception, dans le second à l'époque de la naissance. D'autres lui attribuent la nationalité qui appartenait, lors de sa naissance, à celui de ses auteurs qui l'a reconnu, sauf, dans le cas où la reconnaissance serait émanée du père, le tempérament résultant de la règle *Infans conceptus*. D'autres enfin enseignent que l'on doit toujours, sans distinction ni exception, se

[1] V. ci-dessus, p. 13.

reporter à la naissance, et c'est à cette dernière opinion que nous donnons la préférence : nous l'avons déjà admise pour l'enfant légitime, et les raisons qui militent en sa faveur conservent ici toute leur valeur.

Les enfants *adultérins* ou *incestueux*, c'est-à-dire ceux qui sont nés d'un commerce entre deux personnes que la loi déclare incapables de se marier l'une à l'autre, soit à raison d'un précédent mariage où l'une d'elles se trouve engagée, soit à raison des rapports de parenté ou d'alliance qui existent entre elles, ne peuvent être reconnus (C. civ., art. 335), et n'ont par conséquent, en principe, et sauf de rares exceptions [1], ni filiation certaine, ni nationalité d'origine *jure sanguinis*. Le législateur prétend ignorer la faute qui leur a donné le jour, et les considère comme nés de père et mère inconnus.

SECTION III. — *L'enfant est adoptif.*

Un citoyen français adopte un étranger — nous admettons dès à présent qu'une semblable adoption est juridiquement possible, alors même que celui qui en est l'objet n'aurait pas été admis à domicile (C. civ., art. 13) et ne pourrait se prévaloir de la réciprocité diplomatique (C. civ., art. 11). — L'adopté prendra-t-il la nationalité de l'adoptant ?

Législativement, l'affirmative pourrait être soutenue (arg. d'analogie des art. 12 et 19, C. civ.), si l'adoption faisait définitivement sortir l'adopté de sa famille d'origine pour lui donner une autre famille. Et encore y aurait-il quelque danger à permettre au premier venu d'introduire dans l'État un citoyen nouveau, par un acte de sa volonté.

Dans le système de la loi française, l'adoption n'a d'autre effet que de créer des liens fictifs de paternité et de filiation, qui se limitent aux rapports du père et du fils adoptifs. Bien que l'adopté joigne le nom de son père adoptif à celui qu'il tient de sa famille naturelle, il reste uni à cette dernière et y conserve tous ses droits (C. civ., art. 348) ; or, parmi ces droits, qui survivent à l'adoption, figure sans doute celui de continuer à vivre sous la même allégeance que ses parents.

[1] V. notre *Tr. théor. et prat. de dr. int. pr.*, t. I, p. 72.

TITRE III

Influence du jus soli sur la nationalité d'origine, dans le droit français actuel.

Si c'est au *jus sanguinis* que la loi française a donné la préférence en attribuant la qualité de Français à tout individu né de parents français, même en pays étranger, il semble qu'elle doit, par une juste réciprocité d'égards envers les peuples qui nous entourent, reconnaître la nationalité étrangère au fils d'étranger, même né sur le territoire français. Et telle est, en effet, la règle qui paraît se dégager de l'article 9 du Code civil; mais cette règle est loin d'être absolue; elle a trouvé, soit dans le Code civil de 1804, soit dans les lois qui l'ont plus tard complété, soit enfin dans les dispositions nouvelles que le législateur de 1889 et de 1893 y a introduites, des exceptions importantes qui ont conservé ou rendu au *jus soli* une grande partie de ses applications anciennes.

Nous examinerons successivement la situation qui est faite aujourd'hui en France, au point de vue de l'acquisition de la nationalité d'origine *jure soli :*

a) A l'enfant né en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même, lorsqu'il a conservé son domicile en pays étranger, au jour où il devient majeur;

b) A l'enfant né en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même, lorsqu'il est domicilié sur notre territoire à l'époque de sa majorité;

c) A l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né;

d) Enfin, à l'enfant né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est incertaine.

SECTION I. — *L'enfant* domicilié à l'étranger, *est né en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même.*

Cette hypothèse est régie par l'article 9 du Code civil (modifié par la loi du 22 juillet 1893), qui s'exprime ainsi : « Tout individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité pourra, jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis, faire sa soumission de fixer en France son domicile, et, s'il l'y établit dans l'année

à compter de l'acte de soumission, réclamer la qualité de Français, par une déclaration qui sera, à peine de nullité, enregistrée au ministère de la Justice. — L'enregistrement sera refusé, s'il résulte des pièces produites que le déclarant n'est pas dans les conditions requises par la loi, sauf à lui à se pourvoir devant les tribunaux civils, dans la forme prescrite par les articles 855 et suivants du Code de procédure civile. — La notification motivée du refus devra être faite au réclamant dans le délai de deux mois à partir de sa déclaration. — L'enregistrement pourra en outre être refusé, pour cause d'indignité, au déclarant qui réunirait toutes les conditions légales; mais, dans ce cas il devra être statué, le déclarant dûment avisé, par décret rendu sur l'avis conforme du Conseil d'État, dans le délai de trois mois à partir de la déclaration, ou, s'il y a eu contestation, du jour où le jugement qui a admis la réclamation est devenu définitif. — Le déclarant aura la faculté de produire devant le Conseil d'État des pièces et des mémoires. — A défaut des notifications ci-dessus visées dans les délais sus-indiqués, et à leur expiration, le ministre de la Justice remettra au déclarant, sur sa demande, une copie de sa déclaration, revêtue de la mention de l'enregistrement. — La déclaration produira ses effets du jour où elle aura été faite, sauf l'annulation qui pourra résulter du refus d'enregistrement... — Les déclarations, faites pour réclamer... la qualité de Français, doivent, après enregistrement, être insérées au *Bulletin des Lois*. Néanmoins, l'omission de cette formalité ne pourra pas préjudicier au droit des déclarants. — Si l'individu qui réclame la qualité de Français est âgé de moins de vingt et un ans accomplis, la déclaration sera faite en son nom par son père; en cas de décès, par sa mère, en cas de décès du père et de la mère ou de leur exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus par les articles 141, 142 et 143 du Code civil, par le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille. — Il devient également Français si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations de recrutement sans opposer son extranéité ».

De cet article, il résulte que la situation de l'enfant né en France est plus favorable, au regard de la loi française, que celle de l'enfant né en dehors de nos frontières d'un étranger d'origine; il peut devenir Français par une naturalisation de faveur, sans recourir à la naturalisation ordinaire, sans qu'aucun stage lui soit imposé.

Le Code civil de 1804 lui faisait une situation plus favorable encore; il lui permettait de devenir Français malgré la France, par le seul

bienfait de la loi, et refusait au Gouvernement tout moyen de s'opposer à son admission au droit de cité. Il est vrai que la loi du 26 juin 1889, sans toucher d'ailleurs au principe formulé par l'article 9, avait soumis à la formalité de l'enregistrement au ministère de la Justice toute option en faveur de la nationalité française, exprimée, dans les termes de cet article, par l'individu né en France d'un père étranger. Mais cette formalité n'avait pour objet que d'assurer, d'une part, la centralisation des déclarations de nationalité, jusqu'alors éparses dans toutes les communes de France, que d'écarter, de l'autre, les déclarations mal fondées ou contraires à la loi, dont l'admission entretenait l'erreur des déclarants sur leur condition véritable. La jurisprudence avait déclaré qu'il n'y avait là qu'une simple prescription administrative, dont l'inaccomplissement était dépourvu d'influence sur le sort de la déclaration elle-même[1]. Il en résultait que la qualité de Français pouvait être acquise, sans que la Chancellerie en fût informée et sans que les intéressés eussent aucun moyen de connaître ce changement de nationalité, et qu'elle pouvait l'être, même par des individus sans aveu, qui trouvaient ainsi le moyen de paralyser l'effet des arrêtés d'expulsion pris contre eux par l'autorité française[2]. C'est en vue de remédier aux fraudes possibles et en même temps de donner au Gouvernement des garanties contre l'abus des options faites par des gens indignes du nom de Français, que le texte primitif de l'article 9 a été modifié par la loi de 1893. Cette loi, en exigeant, *à peine de nullité*, l'enregistrement de la déclaration au ministère de la Justice, et en permettant non seulement au ministre de le refuser, pour inobservation des conditions prescrites par la loi, sauf au postulant à se pourvoir devant les tribunaux, mais encore au chef de l'État lui-même de l'écarter pour cause d'indignité, par un décret rendu sur l'avis conforme du Conseil d'État, aboutit donc à faire de l'ancienne acquisition de la nationalité française par le bienfait de la loi une véritable naturalisation de faveur, qui laisse au Gouvernement le droit et le moyen d'exercer son contrôle sur ceux qui réclament la qualité de Français par application de l'article 9, et de ne les admettre qu'à bon escient.

Diverses questions veulent être résolues sur l'article 9 du Code civil :

[1] Cass., 26 octobre 1891 (*Journal du dr. int. pr.*, 1891, p. 1226).
[2] Cass., 27 octobre 1891 (*Pand. fr. pér.*, 92. 1. 1).

1° Quel est le motif du privilège qu'il consacre?

2° Quelles personnes sont admises à s'en prévaloir?

3° A quelles conditions l'article 9 subordonne-t-il l'acquisition de la nationalité française?

4° Enfin quels sont les effets de cette acquisition?

1° *Quel est le motif du privilège établi par l'article 9?*

Le législateur a pensé que le fait d'être né sur le sol français est de nature à inspirer à l'étranger quelque attachement pour la France, et que cet attachement pour son pays natal peut suppléer dans une certaine mesure à l'identité d'origine. Ce n'est pas assez sans doute pour le déclarer Français de plein droit, comme jadis; mais, quand à la circonstance qu'il est né sur notre territoire se joint une volonté formellement exprimée de le devenir, il est juste d'accueillir ce désir, et de faciliter sa réalisation par l'octroi de certains privilèges.

A cette considération de principe, se joint une raison pratique, aujourd'hui plus puissante que jamais, c'est qu'il importe de lutter contre la dépopulation menaçante de notre pays, et d'assurer sa grandeur future, en introduisant dans la patrie française des hommes qui ont quelque motif de l'aimer, dont les qualités distinctives exerceront peut-être sur notre caractère national une influence heureuse, et qui reculeraient devant les longueurs et les formalités d'une naturalisation. La France vient à eux et leur fait les premières avances.

Enfin, il n'est pas inutile de rappeler que, à l'époque où l'article 9 a pour la première fois trouvé place dans le Code civil, le *jus soli*, admis par l'ancien droit et par la législation intermédiaire, comptait encore de nombreux partisans dans nos assemblées politiques, et que l'application exclusive du *jus sanguinis* à la détermination de la nationalité d'origine y avait soulevé d'assez vives objections. Il n'est donc pas surprenant que, pour satisfaire tout le monde, on ait cru devoir ménager une transaction entre les deux systèmes rivaux : c'est de cette transaction que sont sorties les dispositions privilégiées de l'article 9.

2° *Quelles personnes sont admises à se prévaloir de l'article 9?*

« Tout individu — né en France — d'un père étranger, — et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité — pourra, dit cet article,... réclamer la qualité de Français ».

L'article 9 n'est donc applicable qu'autant que celui qui l'invoque

est né *en France*, né d'*un étranger*, et qu'il n'est *pas domicilié sur notre territoire lors de sa majorité*.

a) L'enfant doit être *né en France*. Il ne suffirait pas au fils d'étranger d'alléguer que le fait de sa conception s'est passé sur le sol français[1]. La fiction *Infans conceptus*..., répétons-le, n'a été que très exceptionnellement consacrée par la loi française; et, si elle l'a admise en matière de successions, de donations et de testaments, c'est en vertu de textes formels (C. civ., art. 725 et 906), dont l'objet est de maintenir l'égalité dans les familles, et qui ne peuvent recevoir ici aucune application extensive. Le texte de l'article 9 (tout individu *né* ...) est d'ailleurs conforme à cette interprétation; et elle est en outre commandée par les difficultés auxquelles se heurterait l'enfant, pour établir qu'il a été conçu sur le sol français, et par le scandale d'une preuve toujours incertaine et délicate. La présomption écrite dans l'article 312 du Code civil ne concerne que la légitimité de l'enfant; il n'est pas permis de la détourner de son objet.

Jusqu'en 1897, il n'y avait pas lieu de distinguer entre la France continentale et ses colonies; dès que le territoire où l'enfant était né relevait de la souveraineté de l'État français, l'article 9 s'appliquait. Et tel est bien, aujourd'hui encore, le système qui doit être suivi en Algérie, à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion, auxquelles la loi sur la nationalité, du 26 juin 1889, a été déclarée immédiatement applicable. Pour les autres colonies, le décret du 7 février 1897 a consacré un système quelque peu différent. L'article 9 du Code civil y est remplacé par une disposition, suivant laquelle « tout individu né aux colonies d'un étranger et qui y réside peut, sur sa demande formée dans l'année de sa majorité, être naturalisé par décret ». Le seul avantage que le fils d'étranger doive désormais à sa naissance sur un territoire colonial français, c'est donc d'être dispensé, s'il demande sa naturalisation dans l'année de sa majorité, du stage imposé aux autres étrangers.

D'autre part, tout le monde est d'accord pour considérer comme un prolongement du territoire français les navires qui portent notre pavillon; mais ici une distinction est nécessaire. Tandis que les vaisseaux de guerre et les bâtiments postaux qui participent à leurs immunités jouissent de ce privilège d'exterritorialité, en quelque lieu qu'ils se trouvent, jusque dans les ports et dans les eaux territoriales des Puis-

[1] Cass., 15 juillet 1840 (Sirey, 1840. 1. 900).

sances étrangères, les autres navires ne peuvent y prétendre qu'en pleine mer; sous cette réserve, tout enfant né de parents étrangers à bord d'un navire français est réputé né en France et peut, en conséquence, réclamer le bénéfice de l'article 9 du Code civil.

En dirons-nous autant de l'individu né d'un étranger dans l'hôtel d'une ambassade ou d'une légation française? Les agents diplomatiques jouissent, en dehors du pays qu'ils représentent, du privilège de l'*exterritorialité :* leur demeure est considérée, à certains égards, comme une parcelle du territoire national, qu'ils sont ainsi censés n'avoir jamais quitté. Mais cette fiction ne va pas, croyons-nous, jusqu'à autoriser l'application de l'article 9 aux enfants venus au monde dans son enceinte; son seul objet est d'assurer l'indépendance de l'agent, l'inviolabilité de sa personne, de son domicile et de ses archives, et par suite l'exécution de la mission qui lui est confiée. Dès que ces graves intérêts ne sont plus en jeu, la fiction de l'exterritorialité disparaît, et fait place à la réalité des choses. L'enfant né dans une ambassade française à l'étranger est né *à l'étranger*, et ne peut, dès lors, se prévaloir de l'article 9. Inversement, il faut décider que l'individu né à Paris, dans l'hôtel d'une légation étrangère est né *sur le sol français*, et, par suite, a la faculté d'acquérir la nationalité française conformément à notre texte [1].

Le bénéfice de l'article 9 doit encore être reconnu à toute personne née de parents étrangers sur un territoire, français au moment de sa naissance, mais séparé depuis cette époque par l'effet d'un démembrement.

b) L'enfant doit être né d'un *étranger*.

Deux cas veulent être mis à part : celui où l'un des parents de l'enfant, quoique étranger au jour de sa naissance, a eu autrefois la nationalité française; — cette hypothèse est prévue par l'article 10 du Code civil; — et celui où les auteurs étrangers de l'enfant sont eux-mêmes nés sur le territoire français : dans ce cas, c'est l'article 8-3° qui s'applique.

Pour être admis à se prévaloir de l'article 9, l'enfant doit donc être issu de parents étrangers, nés à l'étranger, et qui n'ont été Français à aucun moment de leur existence.

c) Notre texte ne s'applique qu'aux enfants d'étrangers qui ne sont

[1] V. cependant la convention franco-belge du 30 juillet 1891, article 5 : « Les enfants d'agents diplomatiques ou de consuls envoyés conservent la nationalité de leurs parents, à moins qu'ils ne réclament le bénéfice des lois des pays où ils sont nés. »

pas *domiciliés* en France à l'époque de leur majorité; les autres sont Français de droit, nous le verrons bientôt, sous la condition résolutoire d'une option contraire (C. civ., art. 8-4°).

Il est donc indispensable que celui qui réclame la qualité de Français dans les termes de l'article 9 ne soit pas domicilié sur le sol français. Et aucun obstacle de droit n'empêchant, selon nous, l'étranger d'avoir un domicile en France, même s'il n'y a pas été autorisé par décret du chef de l'État (C. civ., art. 13), celui qu'il aurait acquis en y fixant son principal établissement, conformément au droit commun (C. civ., art. 102), et qu'il aurait conservé jusqu'à sa majorité, le rendrait irrecevable à opter pour une nationalité qui lui appartient déjà. Mais d'autre part, si une admission à domicile n'est pas nécessaire, pour que l'article 9 cesse d'être applicable à l'étranger, la simple résidence, le séjour momentané qu'il fait chez nous, ne suffirait pas à le ranger dans la catégorie des personnes dont s'occupe l'article 8-4°, et à l'affranchir des formalités auxquelles l'article suivant subordonne l'acquisition de la qualité de Français.

3° *A quelles conditions l'article 9 subordonne-t-il l'acquisition de la nationalité française?*

L'article 9 du Code civil, dans sa rédaction ancienne, réservait ses faveurs aux seuls étrangers majeurs; on avait considéré que l'élection de patrie exerce son influence sur l'état, sur la capacité, sur les relations de famille de ceux qui l'effectuent, sur la législation dont ils relèveront désormais, et qu'il serait dangereux de permettre à un incapable de prendre par lui-même une décision qui rejaillira sur tout son avenir.

Mais d'autre part, refuser au mineur né en France la faculté d'acquérir la nationalité française par le bienfait de la loi, c'était le plus souvent lui fermer les écoles spéciales du Gouvernement et les diverses carrières publiques soumises à la loi du concours et de la limite d'âge, puisque cette limite va rarement au delà de la majorité; et c'était rompre ainsi dès le premier jour l'égalité qui doit exister, au point de vue de l'aptitude aux emplois, entre le Français qui doit cette qualité à sa filiation, et le Français *jure soli*. Pour obvier à cet inconvénient et à cette injustice, la loi de 1889 a reconnu aux enfants mineurs nés de parents étrangers sur le sol français un droit d'option, dont l'exercice est confié à leurs représentants légaux.

Mais à quelle législation appartiendra-t-il de déterminer si l'enfant

est mineur ou majeur? La majorité sera-t-elle pour lui la majorité française, que l'article 488 du Code civil fixe à vingt et un ans? Sera-t-elle au contraire la majorité étrangère, telle qu'elle est fixée par la loi personnelle de ses parents?

La question avait été vivement discutée dans la doctrine et dans la jurisprudence, sous l'empire de l'ancien article 9, qui n'attribuait le droit d'option qu'aux majeurs; mais la loi de 1889, consacrant la jurisprudence de la Cour de cassation [1], a mis fin à toute controverse. Les mots : « jusqu'à l'âge de vingt-deux accomplis », dans le premier alinéa de l'article 9, « s'il est âgé de moins de vingt et un ans » dans un alinéa suivant, montrent bien qu'elle a entendu ne regarder qu'à la majorité française.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Le fils d'étranger né en France est majeur.*

La loi lui permet de manifester sa volonté de devenir Français, soit par une *option expresse*, effectuée dans les formes qu'elle-même a déterminées, soit par une *option tacite*, résultant de sa participation aux opérations de recrutement.

§ 1. — OPTION EXPRESSE.

L'enfant né en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même, et domicilié à l'étranger à l'époque de sa majorité, acquiert la nationalité française, par l'effet de l'article 9, § 1 du Code civil, s'il satisfait aux trois conditions suivantes : *a*) avoir fait sa soumission de fixer son domicile en France; *b*) l'y avoir effectivement établi dans l'année; *c*) enfin avoir réclamé la qualité de Français par une déclaration enregistrée au ministère de la Justice.

a) La première formalité imposée à cet étranger, c'est de faire la soumission de fixer son domicile sur notre territoire.

Par quelle autorité l'acte de soumission sera-t-il valablement reçu?

Avant 1889, on reconnaissait compétence à cet effet, nonobstant le silence de la loi, soit à nos agents diplomatiques ou consulaires à l'étranger, soit à la municipalité de la commune française où l'étranger se proposait de s'établir, soit à celle du lieu de sa naissance, s'il n'avait pas encore fait choix d'une résidence.

Mais cette pratique n'était pas toujours exempte de dangers.

[1] Cass., 20 juin 1888 (Sirey, 1888. 1. 300).

L'acte de soumission, suivi d'un transfert de domicile sur le sol français, était alors la seule formalité exigée du majeur qui, né en France, aspirait à y obtenir le droit de cité. Or, dans beaucoup de communes rurales, il arrivait fréquemment qu'un maire, peu au courant de la législation, accueillît des déclarations émanant de personnes qui ne remplissaient pas les conditions prescrites par l'article 9, ou encore que ces déclarations fussent consignées sur des feuilles volantes, remises aux intéressés, et qu'il n'en restât aucune trace officielle dans les archives de la mairie.

D'autre part, quel était exactement le rôle des officiers municipaux chargés de recevoir les déclarations? Étaient-ils maîtres de les refuser? Étaient-ils juges de la valeur des documents produits à leur appui? Aucun texte ne définissait et ne délimitait leurs pouvoirs.

Enfin la soumission n'étant en général connue que de l'étranger qui l'avait fait, et du maire qui l'avait reçue, rien n'empêchait le déclarant de mauvaise foi de la taire ou de l'invoquer à son gré, de se faire passer pour étranger, s'il avait intérêt à échapper aux injonctions de la loi française, de revendiquer les droits attachés à sa nationalité nouvelle, quand il lui devenait utile de se placer sous sa protection.

Sans doute ces inconvénients avaient été notablement atténués par deux circulaires : l'une, du ministre de l'Intérieur, du 24 mars 1887, laquelle prescrivait la tenue, dans chaque mairie, d'un registre spécial, destiné à recevoir les déclarations ayant pour objet de réclamer ou de décliner la nationalité française ; l'autre, du garde des Sceaux, en date du 20 octobre 1888, chargeant les préfets d'inviter les maires de leurs départements à faire parvenir par leurs soins à la Chancellerie, en vue d'un classement alphabétique, une copie de toutes les déclarations de ce genre qu'ils auraient reçues; mais ils n'avaient pas entièrement disparu.

La loi du 26 juin 1889, et le décret du 13 août suivant portant règlement d'administration publique pour son exécution, se sont efforcés d'atteindre ce résultat.

Désormais, l'étranger, désireux d'user du privilège qui lui est offert par l'article 9, devra accomplir deux actes distincts : d'une part, affirmer son intention d'acquérir un domicile dans notre pays, de l'autre, déclarer sa volonté d'appartenir à la France.

Mais ces actes sont, l'un et l'autre, soustraits à la compétence des officiers municipaux, dont les connaissances juridiques souvent bor-

nées et la négligence, toujours à craindre, peuvent être la source de difficultés graves.

Tandis que l'option proprement dite, à laquelle nous allons revenir, est placée dans les attributions d'un magistrat de l'ordre judiciaire, d'un juge dé paix (Décret du 13 août 1889, art. 6), la soumission de fixer le domicile en France, qui doit nécessairement la précéder, et qui, réduite au rôle de préliminaire, a par cela même perdu de son importance, doit être reçue par un de nos agents diplomatiques ou consulaires hors de France : cela résulte de l'article 9 du décret du 13 août 1889, ainsi conçu : « Lorsqu'un individu né en France d'un étranger, et domicilié hors de France à l'époque de sa majorité, veut faire sa soumission de fixer en France son domicile dans les conditions prévues par l'article 9 du Code civil, cet acte de soumission est reçu par un des agents diplomatiques ou consulaires de France à l'étranger. Il est dressé en double exemplaire; l'un est remis à l'intéressé, l'autre transmis immédiatement au ministre de la Justice par la voie hiérarchique. »

C'est avant l'expiration de sa vingt-deuxième année que l'individu né en France d'un père étranger doit faire sa soumission ; et, comme c'est seulement à l'époque de sa majorité, telle qu'elle est déterminée par la loi française, que l'on peut reconnaître s'il se trouve dans la situation visée par l'article 9, c'est-à-dire s'il est Français sous condition suspensive, ou dans les termes de l'article 8-4°, c'est-à-dire s'il est Français sous condition résolutoire, il s'ensuit qu'un délai d'un an lui est ouvert à compter de ses vingt et un ans, pour prendre parti et pour affirmer sa volonté en connaissance de cause.

b) L'étranger, qui se trouve dans les conditions voulues pour exciper de l'article 9, doit, s'il veut acquérir la nationalité française, fixer son domicile sur notre territoire, dans l'année qui suit l'acte de soumission dont il vient d'être parlé.

Le délai ainsi ouvért au fils d'étranger, pour transporter en France le siège de ses intérêts et de ses affaires, a pour conséquence possible de retarder jusqu'à la fin de sa vingt-troisième année l'exercice de son droit d'option, dans le cas où il aurait attendu les derniers jours de de la vingt-deuxième, pour faire sa soumission.

Est-ce bien là ce qu'a voulu le législateur? Il est difficile de rien affirmer à cet égard.

Le texte d'abord voté par le Sénat portait, dans son article 9, que : « Tout individu né en France de parents étrangers pourra,

jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis, réclamer la qualité de Français, en faisant sa soumission, dans le cas où il résiderait à l'étranger, de fixer son domicile en France, et en l'y fixant réellement dans l'année à compter de l'acte de soumission. » Et la rédaction adoptée par la commission de la Chambre des députés ne disait pas autre chose. Article 9 : « Tout individu né en France de parents étrangers... pourra, *jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis*, réclamer la qualité de Français, pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile et qu'il l'y établisse dans l'année à compter de l'acte de soumission. »

Qu'on le remarque, la commission de la Chambre, aussi bien que le Sénat, avaient fait de l'expiration de la vingt-deuxième année la limite extrême et de rigueur, passé laquelle aucune option pour la nationalité française ne devait être accueillie. C'est avant vingt-deux ans que le transfert de domicile, comme l'acte de soumission lui-même, devait être réalisé. Le texte définitif, au contraire, semble exiger seulement que l'acte de soumission soit intervenu dans ce délai. Autrement il eût été inutile de spécifier que l'établissement du domicile en France doit être fait *dans l'année* qui le suit; la soumission n'étant admise qu'à partir de vingt et un ans, l'étranger aurait toujours moins d'un an à compter de cet acte pour se mettre en règle avec la loi, si toutes les formalités qu'elle prescrit devaient être accomplies avant qu'il eût atteint vingt-deux ans révolus.

Il est possible que la modification ainsi apportée à la rédaction primitive de l'article 9 soit le résultat d'une inadvertance; car il n'apparaît nullement dans les travaux préparatoires de la loi de 1889 que ses auteurs se soient proposé d'augmenter le délai jusqu'alors accordé au fils d'étranger pour devenir Français, et de laisser ainsi son état en suspens pendant une durée plus longue. Mais on ne saurait, sous prétexte d'interprétation, aller contre les termes formels de l'article 9, et priver ceux qu'il concerne des facilités qu'il leur offre. Après tout, il n'est pas mauvais qu'un certain intervalle de temps puisse s'écouler entre l'acte de soumission et le transfert de domicile. L'étranger qui se prévaut de l'article 9 habite peut-être un pays très éloigné de la France; et ce serait en pareil cas demander l'impossible, s'il n'a fait sa soumission que vers la fin de sa vingt-deuxième année, que de l'obliger à fixer son domicile sur notre territoire, avant qu'elle soit

accomplie. L'année qui lui est accordée lui sera très utile pour régler ses affaires, pour réaliser les biens qu'il possède dans sa patrie d'origine, pour rompre les liens de toute nature qui peuvent le rattacher à cette dernière; parfois elle lui permettra de mesurer à temps les conséquences d'un acte irréfléchi et d'y renoncer.

c) L'étranger né en France, qui a fait la soumission d'y fixer son domicile, et qui l'y a effectivement établi dans l'année, doit compléter son option pour la nationalité française, par une déclaration, dont les formes ont été déterminées ainsi qu'il suit, par le décret réglementaire du 13 août 1889 :

Article 6. — « Les déclarations souscrites, soit pour acquérir (soit pour répudier) la qualité de Français, sont reçues par le juge de paix du canton dans lequel réside le déclarant. — Elles peuvent être faites par procuration spéciale et authentique. — Elles sont dressées en double exemplaire sur papier timbré. — Le déclarant est assisté de deux témoins qui certifient son identité; il doit produire à l'appui de sa déclaration toutes les justifications nécessaires, en y joignant son acte de naissance et, le cas échéant, son acte de mariage et les actes de ses enfants mineurs, avec la traduction de ces actes, s'ils sont en langue étrangère. — En cas de résidence à l'étranger, les déclarations sont reçues par les agents diplomatiques ou par les consuls ».

Article 7. — « Les deux exemplaires de la déclaration et les pièces justificatives sont immédiatement adressés par le juge de paix au procureur de la République, qui les transmet, sans délai, au ministre de la Justice ».

Article 8. — « La déclaration est inscrite à la Chancellerie sur un registre spécial; l'un des exemplaires est déposé dans les archives, l'autre renvoyé à l'intéressé avec la mention de l'enregistrement. — La déclaration enregistrée prend date du jour de sa réception par le juge de paix ».

Le système auquel s'est arrêté le décret du 13 août 1889 pour la réception des déclarations de nationalité, tout en offrant de sérieuses garanties, est, on le voit, des plus simples.

Dès que l'individu né en France d'un père étranger a transféré son domicile sur notre territoire, il peut se présenter soit en personne, soit par un mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique, devant le juge de paix de ce *domicile*, pour lui faire connaître sa volonté d'être désormais Français. L'article 6 du décret donne, il est vrai, compétence en cette matière au juge de paix du canton

« dans lequel *réside* le déclarant », mais ces mots ne doivent pas être pris ici à la lettre. La disposition où ils ont trouvé place est une disposition générale, commune à tous les actes qui poursuivent soit l'acquisition, soit même la répudiation de la nationalité française, par voie de déclaration. Or, il peut très bien arriver que tel individu que la loi déclare Français sauf option contraire ne soit pas domicilié en France au jour où il revendique la qualité d'étranger, dans les termes des articles 8-4°, et 12 *in fine* du Code civil; en pareil cas, c'est le juge de paix de sa *résidence* française qui recevra la déclaration. Il se peut même qu'il n'ait en France ni domicile ni résidence; alors c'est à l'agent diplomatique ou au consul français, dans l'arrondissement duquel il habite, qu'il devra s'adresser (Décret de 1889, art. 6 *in fine*). Mais lorsque le déclarant est *domicilié* en France, et tel est toujours le cas pour celui dont s'occupe l'article 9, puisque son option n'est recevable qu'à la suite d'un transfert de domicile sur le sol français, il n'y a aucune raison pour s'attacher à la résidence de fait qu'il a pu acquérir, à l'exclusion de son domicile; il est en effet de règle que la résidence ne supplée le domicile, au point de vue des conséquences juridiques, que dans une vue d'utilité, lorsque le domicile n'existe pas ou lorsqu'il est inconnu (V. not. C. pr. civ., art. 59, § 1). Nous estimons donc que le juge de paix du canton où l'optant a fixé son principal établissement a seul qualité pour recevoir sa déclaration.

Il importe que l'identité du déclarant ne fasse l'objet d'aucun doute. A cette fin, le règlement du 13 août 1889 exige qu'elle soit certifiée par deux témoins; mais il ne dit pas quelles personnes seront capables d'intervenir à ce titre à la déclaration. Nous appliquerons par analogie les règles que la loi a posées pour les règles de l'état civil (C. civ., art. 37). Tout individu majeur de vingt et un ans pourra donc être témoin; il pourra l'être, alors même qu'il appartiendrait au sexe féminin (Loi du 7 décembre 1897), alors même qu'il serait de nationalité étrangère.

Diverses pièces justificatives doivent être déposées par l'étranger à l'appui de sa déclaration : c'est d'abord son acte de naissance, dont l'examen permet au juge de paix de reconnaître s'il se trouve dans les conditions requises pour qu'il puisse invoquer le bénéfice de l'article 9, c'est-à-dire s'il est né en France, si son père était étranger, et si l'acte de soumission a été fait au cours de sa vingt-deuxième année; c'est, en second lieu, le double de l'acte de soumission lui-même,

qui a dû lui être remis par l'agent diplomatique ou consulaire; puis un document établissant qu'il a fixé son domicile sur le sol français dans l'année de cet acte. Enfin, s'il a une femme et des enfants mineurs, il doit joindre à ces pièces son acte de mariage et les actes de naissance de ses enfants; au reste, nous aurons bientôt occasion de voir que cette exigence du décret de 1889 est critiquable, puisqu'elle suppose à tort que la femme et les enfants du fils d'étranger peuvent ou doivent être associés aux effets de sa déclaration.

Dans quel délai la déclaration sera-t-elle régulièrement effectuée? Est-il nécessaire qu'elle intervienne dans l'année qui suit l'acte de soumission, comme le transfert de domicile, dont elle est précédée? Bien que l'article 9 ne vise expressément que l'établissement du domicile en France, il n'est pas douteux que le délai qu'il fixe à cet égard ne s'applique également à la déclaration. Autrement, il faudrait dire que l'individu né en France d'un étranger est maître, après y avoir transporté son domicile, de retarder indéfiniment son option pour la nationalité française, de la tenir en réserve, pour le cas où il lui paraîtrait avantageux plus tard de renoncer à la qualité d'étranger que ses parents lui ont transmise. Sa condition serait ainsi des plus incertaines; le délai de l'article 9 deviendrait illusoire, et le but que le législateur s'est proposé d'atteindre serait entièrement manqué.

La déclaration une fois reçue, les deux exemplaires de l'acte qui la constate sont, ainsi que les documents justificatifs qui l'accompagnent, transmis par la voie hiérarchique à la Chancellerie; elle y est enregistrée; et, tandis que l'un des exemplaires demeure aux archives du ministère de la Justice, l'autre est retourné à l'intéressé avec la mention de l'enregistrement; il constitue pour lui le titre de la nationalité qu'il vient d'acquérir et dont les effets remontent au jour de la déclaration.

D'ailleurs l'enregistrement, aujourd'hui prescrit à peine de nullité (Loi de 1893), peut être refusé; il le sera, s'il résulte des pièces fournies que le déclarant ne se trouve pas dans les conditions prévues par la loi; sauf à lui à se pourvoir devant les tribunaux civils. Mais, en admettant même qu'il réunisse toutes les conditions légales, le Chef de l'Etat a encore le droit, par décret rendu sur l'avis conforme du Conseil d'État, de refuser l'enregistrement pour cause d'indignité du déclarant et de le priver ainsi du bénéfice de sa déclaration. A ce dernier il appartient d'ailleurs de produire devant le Conseil d'État des pièces et des mémoires pour sa justification.

§ 2. — OPTION TACITE.

Jusqu'à la promulgation de la loi de 1889, et en présence des termes formels de l'article 9, la déclaration prescrite par ce dernier texte ne pouvait, croyons-nous, être suppléée par aucun acte équivalent qui aurait dénoté chez l'intéressé la volonté de devenir Français.

Ainsi le fait de s'être fait ou laissé inscrire sur les listes du contingent militaire, d'avoir pris part aux opérations de recrutement, de s'être engagé volontairement et d'avoir servi dans les armées françaises de terre et de mer, n'emportait pas pour l'individu né en France de parents étrangers l'acquisition de la nationalité française; et rien ne l'empêchait de se prévaloir de sa qualité d'étranger pour se soustraire aux peines de l'insoumission ou de la désertion, dans le cas où un Français les eût encourues.

Néanmoins il avait paru juste de témoigner quelque faveur à l'étranger qui, après avoir laissé passer le délai d'option imparti par l'article 9, aurait manifesté son dévouement à la France, en acceptant de la servir. Et la loi du 22 mars 1849, venant à son secours, l'avait relevé à la déchéance encourue à la suite d'une erreur ou d'une négligence, en l'admettant à faire, *à toute époque*, la déclaration prévue par l'article 9.

Cette loi, aujourd'hui abrogée, avait pour objet d'encourager les individus nés d'un étranger sur notre territoire à remplir les obligations militaires qui incombent aux Français d'origine; mais ses applications pratiques étaient nécessairement peu nombreuses. L'étranger ne pouvant servir la France que dans la Légion étrangère, il fallait supposer que, par erreur ou par ignorance des autorités françaises, il eût été inscrit sur les listes du recrutement, ou reçu à contracter un engagement volontaire.

Le système de la loi de 1849 permettait à ceux dont elle avait réglé la condition de réclamer, *à toute époque*, la qualité de Français, et laissait ainsi, pendant une période indéterminée, leur nationalité incertaine; d'autre part, n'était-il pas choquant de leur conserver, jusque sous nos drapeaux, leur patrie d'origine, et de leur imposer des devoirs inconciliab es avec le dévouement qu'ils lui devaient encore?

Le législateu r de 1889, préoccupé de tarir les difficultés dont cette loi était la sou rce, et aussi de favoriser le plus possible l'assimilation

des étrangers nés en France à la population indigène, est allé plus loin. Désormais, le fils d'étranger né sur notre territoire, qui a pris part aux opérations du recrutement sans exciper de son extranéité, ne jouit d'aucun délai supplémentaire d'option, mais le silence qu'il a gardé est, par lui-même, considéré comme une affirmation suffisante de sa volonté d'être Français; il vaut *option tacite* pour la France, et affranchit en conséquence l'étranger de l'observation des formalités de l'article 9, § 1.

Code civil, article 9, *in fine* : « Il (*l'individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité*) devient également Français si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations de recrutement sans opposer son extranéité. »

En regard de cette disposition, il convient de placer celle qui est écrite dans l'article 11, § 2, de la loi du 15 juillet 1889 *sur le recrutement* : « Les individus nés en France d'étrangers et *résidant en France* sont également portés, dans les communes où ils sont *domiciliés*, sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française. Ils peuvent réclamer contre leur inscription lors de l'examen du tableau de recensement et lors de leur convocation au conseil de révision, conformément à l'article 16. S'ils ne réclament pas, le tirage au sort équivaudra pour eux à la déclaration prévue par l'article 9 du Code civil. S'ils se font rayer, ils seront immédiatement déchus du bénéfice dudit article ».

A première vue, ces deux textes semblent faits pour des hypothèses différentes : L'un suppose que le fils d'étranger n'a pas son domicile en France à l'époque de sa majorité. L'autre suppose qu'il y est domicilié lors de la formation de la classe qui suit l'accomplissement de sa vingt et unième année. Or, l'article 8-4° du Code civil, nous le verrons, déclare Français de plein droit, *et en dehors de toute option, expresse ou tacite*, l'enfant qui, né en France d'un père étranger, y est domicilié au jour de ses vingt et un ans; l'article 11, § 2 de la loi militaire paraît donc destiné à demeurer sans application. Mais ce n'est là qu'une apparence, et il n'est pas impossible de le concilier avec l'article 9 *in fine* du Code civil.

En effet, quoique domicilié hors de France à l'époque où il devient majeur et par suite étranger lui-même, l'individu né sur notre territoire d'un étranger a pu s'y établir dans l'espace de temps compris

entre cette majorité et la formation de la classe suivante; en pareil cas, il devra être appelé avec les jeunes gens appartenant à cette dernière, bien qu'il n'ait pas formellement opté pour la nationalité française, et l'absence de protestation de sa part tiendra lieu d'une semblable option.

L'article 11, § 2 de la loi sur le recrutement complète donc l'article 9 *in fine* du Code civil, plutôt qu'il ne le contredit; il détermine les conditions de l'inscription du fils d'étranger né en France sur le tableau de recensement, et les effets de cette inscription au point de vue de la nationalité. Ceux-là seuls figureront sur les listes du contingent, qui résideront en France lors de la formation de la classe qui suivra leurs vingt et un ans; mais le défaut de protestation élevée contre cette inscription ne vaudra option que pour ceux qui ont besoin d'une option pour devenir Français, c'est-à-dire pour ceux qui n'étaient pas domiciliés dans notre pays à l'époque de leur majorité.

Cela revient à dire que l'*option tacite*, autorisée par l'article 9 *in fine* du Code civil, ne peut émaner que d'un étranger *majeur*. Le fils d'étranger qui, par erreur, aurait été porté *pendant sa minorité* sur le tableau du recensement, et qui ne se serait pas prévalu de sa qualité d'étranger en vue d'obtenir sa radiation, n'acquerra pas pour cela la nationalité française; et, pour y parvenir, il devra se soumettre aux conditions exigées par l'article 9, § 1, à moins que, se trouvant incorporé dans l'armée française lors de sa majorité, il n'y soit alors légalement domicilié, et par suite Français de plein droit, sans déclaration de sa part, par application de l'article 8, § 4.

Cette interprétation est absolument conforme à la lettre de l'article 9. L'avant-dernier § de ce texte, consacré au mineur, n'est qu'une parenthèse, et le mot *il* par lequel commence son § final désigne évidemment la même personne dont il est question au § 1, c'est-à-dire « l'individu né en France d'un étranger, et qui n'y est pas domicilié *à l'époque de sa majorité* ».

N'y aurait-il pas d'ailleurs inconséquence singulière à permettre à un mineur de changer de patrie par lui-même, par le seul effet de son silence, et sans le concours des personnes que la loi a placées à côté de lui pour l'assister de leurs avis, alors que seules elles ont le droit d'opter *expressément* en son nom?

C'est « en prenant part aux opérations du recrutement » que l'étranger né sur notre territoire exprime sa volonté de devenir Français. En quoi consiste cette participation? L'article 9 du Code civil ne le

dit pas; mais la loi militaire a heureusement suppléé à cette omission, dans la disposition que nous avons déjà reproduite : « Ils (*les individus nés en France d'étrangers*) peuvent réclamer contre leur inscription lors de l'examen du tableau de recensement et lors de leur convocation au conseil de révision, conformément à l'article 16. S'ils ne réclament pas, le *tirage au sort* équivaudra pour eux à la déclaration prévue par l'article 9 du Code civil. » Ainsi, le seul fait du tirage au sort confère à ceux qui y ont été compris la nationalité française, comme la déclaration elle-même qui aurait été formulée dans les termes de l'article 9.

Encore faut-il, pour que cet effet se réalise, que deux conditions se trouvent remplies.

D'une part, il importe que l'intéressé *ait pris part* au tirage, c'est-à-dire qu'il ait été présent. Si son numéro a été tiré par ses parents ou par le maire de la commune, conformément à l'article 17 de la loi du 15 juillet 1889, il n'en demeure pas moins étranger, sous la réserve de l'option expresse qu'il est peut-être encore à même de formuler. Pour qu'il y ait option, même tacite, de nationalité, il est indispensable qu'il y ait eu un acte de volonté, et l'absence, au jour du tirage, du fils d'étranger qui figure au tableau de recensement enlève toute sa valeur à la présomption écrite dans la loi.

D'autre part, cette présomption ne résiste pas à la déclaration par laquelle l'individu né en France d'un père étranger se prévaut de son extranéité, soit lors de l'examen du tableau de recensement, auquel il est procédé au chef-lieu du canton, en séance publique, devant le sous-préfet assisté des maires du canton (L. 15 juillet 1889, art. 16), soit, si sa réclamation a été écartée, lors de sa convocation devant le conseil de révision (Même loi, art. 18). Il lui suffit, pour faire reconnaître sa qualité d'étranger et pour obtenir sa radiation, d'établir que son père n'était pas Français; aucune autre justification n'est nécessaire. De toute manière, le jugement des contestations qui pourraient surgir à cet égard est réservé aux tribunaux, et, pour leur permettre de statuer en temps utile, l'autorité administrative devra surseoir à toute décision, si elle se trouve en présence d'une difficulté sérieuse.

L'étranger né sur le sol français sera-t-il, même après s'être fait rayer du tableau, admis à réclamer la nationalité française, par application de l'article 9, § 1 du Code civil, en supposant qu'il soit encore dans les délais voulus pour formuler une option expresse? L'article

11 *in fine* de la loi sur le recrutement répond négativement : « S'ils (*les enfants d'étrangers nés en France*) se font rayer, ils seront immédiatement déchus du bénéfice de l'article 9 du Code civil. » Cette déchéance se justifie tout naturellement, dès qu'il s'agit d'un majeur, qui est maître de ses droits et qui est pleinement capable de se prononcer en connaissance de cause sur le choix d'une patrie. Elle serait au contraire des plus dures, si elle pouvait être appliquée même au mineur étranger. On comprendrait à la rigueur que le législateur, persuadé des avantages que la nationalité française offre à ceux qui qui en sont revêtus, eût autorisé ce dernier à l'acquérir par l'effet d'une option tacite, en se soumettant à la loi militaire. Mais comment admettre qu'il ait donné à un incapable la faculté de renoncer de lui-même, en dehors de toute assistance et de tout conseil, au bénéfice du droit commun, qu'il ait attaché une déchéance irréparable à un acte, ou plutôt à un silence, dont l'étranger n'avait peut-être pas mesuré la portée? Il y a là pour nous une raison nouvelle de croire que l'article 9 *in fine* du Code civil ne concerne que les majeurs et que l'enfant né en France d'un étranger ne peut, tant que dure sa minorité, réclamer la qualité de Français que de la manière prévue par l'article 9, c'est-à-dire par une option expresse, dont nous allons maintenant déterminer, en ce qui le concerne, le caractère et les conditions.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le fils d'étranger né en France est mineur.*

Plus libérale que le Code civil de 1804 et que les lois qui l'ont suivi, la loi de 1889, nous l'avons déjà dit, n'exige pas que le fils d'étranger soit majeur, pour qu'il soit admis à réclamer la nationalité française par application de l'article 9. Le mineur de vingt et un ans lui-même peut avoir part à ses avantages, et devenir Français par l'effet d'une option *expresse*, formulée en son nom devant le juge de paix, par ceux qui l'assistent et le suppléent dans les actes de la vie civile.

Contrairement au projet du Conseil d'État, le Parlement n'a pas voulu réserver le droit d'option aux seuls mineurs ayant dépassé l'âge de dix-huit ans; on a considéré qu'une semblable restriction aurait pour conséquence de priver ceux qui n'ont pas atteint cet âge du droit de concourir pour l'École navale et de nécessiter en outre d'incessantes modifications législatives, toutes les fois que de nou-

veaux règlements scolaires ou administratifs viendraient abaisser au-dessous de dix-huit ans la limite inférieure d'admission aux différents examens. L'intervention de la famille du mineur n'est-elle pas d'ailleurs pour ses intérêts la garantie la plus complète et la plus sûre?

Le nouvel article 9 appelle cependant un grave reproche; il semble méconnaître la nature contractuelle du lien que la nationalité crée entre l'État et le citoyen. De ce que le droit de cité dérive d'un accord de volontés, il suit que quiconque veut l'acquérir doit consentir expressément et *personnellement* au changement qui va s'accomplir dans sa condition. Aucune volonté ne saurait suppléer à celle de l'intéressé, pas plus en cette matière qu'en matière de testament ou de mariage. Or, notre texte porte que le bénéfice de l'article 9 ne peut être acquis à l'étranger mineur que *sur la déclaration faite en son nom par son père; en cas de décès, par sa mère; en cas de décès du père et de la mère ou de leur exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus par les articles 141, 142 et 143 du Code civil, par le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille :* ce qui revient à dire que la nationalité française lui sera parfois conférée sans son aveu et malgré lui.

Il y a là une exagération évidente. Le devoir d'assistance qui incombe aux parents et autres protecteurs naturels de l'enfant ne va pas jusqu'à l'absorption de son individualité. Lorsque l'intérêt du mineur lui commande de se donner à la France, c'est-à-dire presque toujours à l'âge où la nécessité d'embrasser une carrière se fait sentir, il possède assez de maturité et de raison pour manifester lui-même ses intentions, pour accomplir un acte personnel; et le concours de ses père, mère ou tuteur à cet acte ne devrait avoir d'autre objet que de compléter, de renforcer sa capacité légale encore imparfaite. La femme à quinze ans, l'homme à dix-huit ans, se marient par eux-mêmes, et le consentement nécessaire de leurs auteurs ne peut tenir lieu de leur volonté propre. Pourquoi en serait-il autrement pour un changement de patrie?

Mais la loi est formelle. Même à la veille de ses vingt et un ans, l'individu né d'un étranger sur le sol français ne peut par lui-même faire connaître son option pour la nationalité française.

L'article 9 énumère les personnes qui ont qualité pour remplir cette formalité en ses lieu et place; c'est en première ligne son père; si le père est décédé ou inconnu, bien que cette dernière hypothèse

n'ait pas été formellement prévue, son droit passe à la mère; enfin, en cas de décès ou d'exclusion de la tutelle des père et mère, ou encore dans les hypothèses prévues par les articles 141, 142, 143 du Code civil, au titre de l'absence, la déclaration doit être faite par le tuteur muni d'une autorisation du conseil de famille.

Cette disposition n'est pas, semble-t-il, d'une clarté parfaite.

En retirant au père et à la mère exclus de la tutelle de leurs enfants mineurs le droit de déclarer, au nom de ces derniers, qu'ils entendent devenir Français, le législateur a-t-il, par *a contrario*, conservé ce droit à ceux qui ont été déchus de la puissance paternelle, soit par application des articles 335 et 336 du Code pénal, soit en vertu de la loi du 24 juillet 1889? Sans doute les parents de l'enfant né sur notre territoire étant eux-mêmes de nationalité étrangère et relevant par suite dans leur état, dans leur capacité et dans leurs relations de famille, de la loi constitutive de leur statut personnel, on comprendrait que les déchéances écrites dans la loi française n'eussent aucun effet pour eux; mais ces déchéances paraissent inspirées par des considérations d'*ordre public international*, qui ne permettent pas aux étrangers eux-mêmes de se soustraire à leur application. Et d'ailleurs, en fût-il autrement, l'article 9, § 2, a formellement écarté en cette matière les lois étrangères auxquelles ressortissent l'enfant et ses parents, puisqu'il détermine lui-même, et sans tenir compte des règles peut-être très différentes qui s'y trouvent posées, les personnes auxquelles appartient l'exercice du droit d'option reconnu au mineur, l'ordre et les cas dans lesquels elles pourront l'exercer.

Une substitution aussi complète de la loi française à la loi personnelle qui régit le mineur, soit dans ses rapports avec les parents sous la puissance desquels il est placé, soit dans ses rapports avec le tuteur qui prend soin de sa personne et de ses biens, s'explique difficilement. La rédaction primitive donnée par le Sénat à l'article 9 lui était contraire, puisqu'elle exigeait que la nationalité française fût demandée, pour le compte du mineur, par son père, par sa mère ou par son tuteur, ***aux conditions exigées par son statut personnel pour le consentement au mariage;*** et aucune raison n'a été invoquée en faveur de la formule qui l'a remplacée.

L'article 9 s'occupe uniquement de la ***déclaration d'option*** qui devra être faite au nom du mineur de vingt et un ans. Est-ce donc la seule formalité qui lui soit imposée, pour qu'il devienne Français? La soumission d'acquérir un domicile en France, et l'établissement sur notre

territoire qui, aux termes de l'article 9, § 1, doivent nécessairement précéder la déclaration, ne sont-ils exigés que de l'étranger majeur?

On l'a soutenu, en faisant remarquer que l'on ne saurait astreindre à un changement de domicile un mineur qui, d'après les principes du droit français qui va le régir, est toujours domicilié chez son représentant légal (C. civ., art. 108). Mais ceci n'est vrai que du mineur non émancipé. L'émancipation lui donne le droit d'avoir un domicile personnel, distinct de celui de son père ou de son tuteur. Si donc il a bénéficié d'une semblable mesure, rien ne l'empêche de satisfaire par lui-même aux conditions prescrites par l'article 9, § 1.

Et même, en dehors de toute émancipation, ces conditions pourront être remplies; mais pour cela, il sera nécessaire que le père ou le tuteur transfère sur le sol français son propre domicile, et par suite le domicile du mineur qui lui est confié. Cette obligation sera de nature à prévenir les options inconsidérées, et par cela même elle constituera pour les intérêts de l'incapable une précieuse sauvegarde.

S'il était permis au mineur d'acquérir la nationalité française, par la *seule* déclaration de son représentant, l'option formulée en son nom n'aurait pour lui ni valeur ni sanctions pratiques ; intervenue dès son plus bas âge, elle le laisserait libre de rester à l'étranger, d'y conserver son habitation, ses intérêts, ses droits, sa nationalité même, quitte à se prévaloir plus tard, s'il y trouvait quelque utilité, de sa qualité de Français. Ce n'est pas là ce que le législateur a voulu. Il faut que la volonté d'être Français, que la déclaration affirme, soit corroborée, aussi bien chez le mineur que chez le majeur, par la rupture des liens qui les rattachent encore à leur pays d'origine, par le transfert de leur domicile sur le territoire où ils auront désormais droit de cité. Et ce qui prouve que tel est bien le véritable sens de notre texte, c'est que le modèle de déclaration annexé à la circulaire ministérielle du 23 août 1889, en exécution de ce texte, vise exclusivement le mineur né en France *et actuellement domicilié en France ;* il suppose donc qu'antérieurement à la déclaration dont il nous donne la formule, le mineur a acquis un domicile en France.

4° Quels sont les effets de l'acquisition de la nationalité française par application de l'article 9.

L'enfant né en France de parents étrangers, et n'y ayant pas son domicile au jour de ses vingt et un ans, est lui-même étranger, tant qu'il n'a pas manifesté, de la manière prévue par notre texte, la vo-

lonté de devenir Français. Il ne saurait, *pendente conditione*, être astreint aux charges publiques, ni invoquer les prérogatives du citoyen français.

Et la jurisprudence en a conclu avec raison :

1° Que le mineur né d'un étranger sur le sol français ne peut alléguer la situation particulière dans laquelle il se trouve placé, pour échapper aux conséquences d'un arrêté d'expulsion pris contre lui par les autorités françaises; la loi des 3-11 décembre 1849, qui donne au ministre de l'Intérieur et aux préfets des départements frontières le droit d'expulser par mesure administrative tout sujet étranger du territoire français lui est applicable;

2° Que l'individu né en France d'un père étranger ne peut, avant d'avoir effectué l'option prescrite par l'article 9 du Code civil, invoquer l'exception *judicatum solvi* à l'encontre d'un demandeur étranger;

3° Que l'accès des Écoles du Gouvernement est fermé au fils d'étranger né sur notre territoire, tant qu'il n'a pas satisfait aux conditions exigées par l'article 9 pour l'acquisition de la nationalité française.

De même l'étranger qui est né en France ne peut être admis à servir dans les armées françaises de terre et de mer que si sa volonté de devenir Français a été affirmée dans les conditions voulues par la loi. Faute d'option pour la nationalité française, il ne saurait être reçu à contracter un engagement volontaire, si ce n'est dans la Légion étrangère. A-t-il été inscrit à tort sur le tableau de recensement et appelé à concourir aux opérations du tirage au sort, il est en droit d'exiger la radiation de son nom; mais nous avons vu que si, étant majeur, il n'a pas excipé de son extranéité lors de son appel sous les drapeaux, son silence vaut option tacite pour la France.

Aussitôt que l'individu né en France de parents étrangers a accompli les formalités prévues par l'article 9 du Code civil, la loi lui permet de *réclamer* la qualité de Français. Il acquiert ainsi toutes les facultés qui découlent de la nationalité française : éligibilité, droit de vote, aptitude aux fonctions publiques, jouissance intégrale des droits *civils;* et, en même temps, il se soumet à toutes les obligations qui pèsent sur le Français d'origine; il doit le service militaire.

Mais le tirage au sort a lieu pour les Français dans l'année qui suit leurs vingt ans; et, l'enfant, né d'un étranger sur le sol français, étant encore à cette époque dans les délais voulus pour manifester ses in-

tentions, ne pourra être admis aux opérations du tirage avec les jeunes gens de son âge. La loi *sur le recrutement* du 15 juillet 1889 a prévu cette situation; et son article 11, § 2, qui nous est déjà connu, dispose que « les individus nés en France d'étrangers et résidant en France sont portés, dans les communes où ils sont domiciliés, sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française ». Dans le cas où leur option pour la nationalité française n'aurait pas encore été régulièrement formulée, les individus visés par ce texte sont tenus de prendre parti immédiatement; leur participation volontaire au tirage équivaut à une option tacite pour la France; au contraire, la protestation qu'ils croiraient devoir élever contre leur inscription sur la liste militaire, et la radiation obtenue en conséquence, emporteraient pour eux, ainsi que nous l'avons vu, déchéance du bénéfice de l'article 9. De toute façon, la règle, suivant laquelle nul ne peut servir dans les armées françaises s'il n'est lui-même Français (L. 15 juillet 1889, art. 3), est entièrement respectée. Dès que l'étranger capable a consenti à ce service, il passe par là même, et indépendamment de toute déclaration expresse, au nombre de nos nationaux. D'ailleurs il n'est jamais assujetti qu'aux obligations de service de la classe à laquelle il appartient par son âge (L. 15 juillet 1889, art. 12, *in fine*).

A partir de quel moment l'option autorisée par l'article 9 du Code civil produira-t-elle ses effets? Celui qui l'exprime ne devient-il Français que du jour où il a satisfait à la loi, ou bien est-il réputé l'avoir été dès l'instant de sa naissance?

La question était des plus controversées sous le régime du Code civil de 1804; mais la jurisprudence, s'autorisant des souvenirs de l'ancien droit, des principes généraux qui gouvernent les effets des conditions dans notre législation actuelle (C. civ., art. 1179), et aussi de l'article 20 de ce Code, qui semblait n'exclure la rétroactivité que dans des hypothèses différentes, avait, à plusieurs reprises, décidé que la nationalité française devait être considérée comme acquise, *même dans le passé*, à l'individu qui l'aurait réclamée dans les conditions de l'article 9[1].

La loi du 26 juin 1889 s'est écartée de ce système. Dominée par l'intérêt des tiers, elle s'est prononcée dans le sens de la non-rétroac-

[1] Cass., 19 juillet 1848 (Sirey, 1848. 1. 529); 29 décembre 1885 (Sirey, 1886. 1. 106).

tivité de l'option formulée par application de l'article 9 : « L'individu né en France d'un étranger..., lisons-nous d'une part dans le dernier alinéa de ce texte, *devient* également Français, si, etc. »; ce qui implique bien que jusque-là cette qualité lui a fait défaut, même à titre conditionnel. « Les individus qui acquerront la qualité de Français dans les cas prévus par les articles 9..., dit d'autre part le nouvel article 20 du Code civil, ne pourront s'en prévaloir *que pour les droits ouverts à leur profit depuis cette époque* ». Et l'article 8 *in fine* du décret du 13 août 1889 fixe, au jour de la réception par le juge de paix de la déclaration requise, le moment précis où s'opère le changement de nationalité de l'enfant né sur notre territoire d'un père étranger.

La solution admise par la Cour de cassation, avant la loi de 1889, sur la rétroactivité des effets de l'article 9 du Code civil, dispensait de rechercher si l'option exprimée en vertu de ce texte par un chef de famille lui était personnelle ou devait être étendue à sa femme et à ses enfants. Réputé Français dès l'instant de sa naissance, il l'avait été virtuellement lors de son mariage, lors de la naissance de ses enfants. Sa femme devenait rétroactivement Française par application de l'article 12; ses enfants acquéraient rétroactivement la même qualité par application de l'article 10.

Mais, dans le système de la non-rétroactivité, qui est celui de la loi nouvelle, il y a lieu de se demander si la femme et les enfants de l'étranger qui a fait la déclaration prescrite par l'article 9 en recueilleront de plein droit le bénéfice.

Avant d'étudier la réponse que les dispositions du droit français, actuellement en vigueur, font à cette question, qui se pose à propos de tous les changements de patrie, examinons celle que les principes commandent.

La nationalité s'analysant, suivant nous, en un contrat passé entre l'individu et l'État, il nous paraît évident que rien, lorsqu'il s'agit de le former, ne peut suppléer la capacité et le consentement personnels de l'intéressé. La femme et les enfants de l'étranger devenu Français n'ont pas été consultés sur l'opportunité de sa dénationalisation; leur faire subir les conséquences d'un acte dans lequel ils n'ont été pour rien, ce serait permettre au chef de famille de renoncer à un droit qui ne lui appartient pas, par l'effet de sa seule volonté.

Et si cette idée est vraie, c'est surtout quand il s'agit de la femme

mariée. Le plus souvent en effet, celle-ci sera majeure, c'est-à-dire capable, en remplissant les conditions légales, de former une demande en naturalisation. Si elle n'use pas de cette faculté, si elle garde le silence, elle manifeste par cela même sa volonté de rester étrangère.

Les règles qui gouvernent la puissance maritale, et les articles 213 et 214 du Code civil n'infirment pas cette manière de voir.

L'article 213 dispose que « le mari doit *protection* à sa femme, la femme *obéissance* à son mari » ; et l'article 214 ajoute que « la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider ».

Quel est le fondement de cette subordination de la femme au mari, tant que dure leur union?

C'est, dit-on, la nécessité d'assurer aux affaires du ménage l'unité de vues et de direction que réclame leur bonne administration. Or, si l'on reconnaît à la femme le droit d'avoir une nationalité autre que celle nouvellement acquise par le chef de la famille, c'en est fait de cette subordination et de cette unité; ses devoirs envers sa patrie combattront souvent ceux dont elle est tenue envers son mari.

Nous répondrons que la soumission naturelle de la femme vis-à-vis de son mari ne va pas jusqu'à l'annihilation complète de sa volonté. Qui irait jusqu'à dire que le mari peut disposer par donation ou par testament des biens personnels de sa femme? Et cependant le règlement de ses intérêts pécuniaires n'a pas plus d'importance, aux yeux du législateur, que la détermination de son état, de sa nationalité. Du moment que la femme a une individualité distincte de celle de son mari, du moment qu'on lui reconnaît le droit d'avoir une patrie, sa volonté ne peut être suppléée quand il s'agit d'en changer.

Les partisans du système opposé oublient que ce même article 213, qu'ils invoquent en sa faveur, impose au mari le devoir de *protéger* sa femme. Ce devoir de protection, qui l'oblige à assister celle-ci de son autorisation et de ses conseils dans tous les actes importants de la vie civile, n'absorbe pas la personnalité de la femme ; c'est l'intérêt de la femme qui en est la limite, et cet intérêt n'exige pas, ne peut exiger qu'elle subisse contre son gré un changement de patrie. Si ce changement doit être avantageux pour elle, elle est libre de demander la naturalisation ; et, faute d'une démarche personnelle et spontanée, la loi doit présumer que son intérêt lui commande de conserver sa nationalité antérieure, et que telle est sa volonté.

Cette conclusion n'est en aucune manière en désaccord avec l'ar-

ticle 214, qui oblige la femme à suivre son mari dans toutes les résidences qu'il lui plaira de choisir. Ledit article en effet, qui repose sur la confusion des existences (*individua vitæ consuetudo*), et sur le devoir de cohabitation que le mariage établit entre les époux, n'a trait qu'au fait matériel de sa résidence, et non à la nationalité, qui en est entièrement indépendante. On peut résider sur le territoire d'un État, sans y acquérir *ipso facto* le droit de cité. Autrement il faudrait admettre que la femme d'un citoyen français est nécessairement associée aux modifications qui pourront survenir par la suite dans la nationalité de son mari. Et pourtant Regnauld de Saint-Jean d'Angely a proclamé, lors de la discussion de l'article 214, que « le mari n'a pas le droit de faire de sa femme une étrangère »[1].

La même doctrine s'applique rationnellement aux enfants de l'étranger devenu Français par application de l'article 9 du Code civil.

L'enfant est-il né postérieurement à l'option prévue par ce texte, il n'est pas douteux qu'il n'ait acquis, en venant au monde, la nationalité française *jure sanguinis*.

Était-il au contraire déjà en vie au jour de cette option, il doit, semble-t-il, conserver, nonobstant, sa nationalité antérieure.

Sans doute, cette solution pourrait ne pas être exempte d'inconvénients, pour l'enfant encore mineur de vingt et un ans, à l'époque où son père a réclamé le bénéfice de l'article 9. Alors en effet, légalement incapable d'avoir et d'exprimer une volonté qui lui soit propre, le mineur se trouverait condamné par son âge à conserver jusqu'à sa majorité une nationalité autre que celle de son père. Or l'exercice de la puissance paternelle à laquelle il est soumis ne deviendrait-il pas bien difficile, sinon impossible, en pareille hypothèse ? Reconnaître à l'enfant le droit d'avoir une patrie différente de celle de ses parents et d'obéir à d'autres lois, ce serait briser l'unité de la famille, et par cela même mettre en péril la bonne administration des biens personnels de l'enfant lui-même.

Ces raisons ne nous paraissent pas décisives. On invoque la puissance paternelle; mais a-t-on oublié que la loi française lui assigne un autre fondement que la législation romaine? Ce n'est plus à l'intérêt exclusif d'un père despote, maître de la vie et de la fortune de

[1] Malleville, *Analyse raisonnée*, t. I, p. 36.

ceux qui l'entourent, mais à l'intérêt de l'enfant, qu'elle a pour mission de pourvoir. L'intérêt de l'enfant lui commande-t-il de suivre la nouvelle nationalité de son père? C'est possible; mais, tant qu'il ne sera pas d'âge à faire connaître par lui-même ses intentions, la loi doit présumer qu'il entend conserver sa nationalité d'origine; tout changement de patrie suppose un acte de volonté.

La loi de 1889 s'est-elle inspirée de ces principes, ou au contraire a-t-elle attribué à l'acquisition de la nationalité française, en vertu de l'article 9, des effets collectifs?

La question peut sembler douteuse, en présence de l'article 12, §§ 2 et 3, du Code civil.

Dans ce texte, qui donne à la femme et aux enfants majeurs de l'étranger admis à la nationalité française le moyen de s'en assurer le bénéfice, en joignant leur demande à la sienne, ou par une simple déclaration, et qui associe de plein droit l'enfant mineur aux conséquences du changement de patrie obtenu par son père, il n'est parlé que de *naturalisation*. C'est à la femme, c'est aux enfants de l'étranger *qui se fait naturaliser Français* que l'article 12 réserve ses faveurs. Mais s'applique-t-il au cas où le chef de la famille est devenu Français par le bienfait de la loi, et non en vertu d'un décret de naturalisation proprement dite? en d'autres termes le mot *naturalisation* correspond-il, dans la pensée du législateur, à tout fait, à tout acte, par lequel un étranger a acquis la qualité de Français, et notamment à l'hypothèse prévue par l'article 9?

Le décret du 13 août 1889 admet sans hésiter l'affirmative. Son article 5, après avoir rappelé la faculté accordée par l'article 12 du Code civil à la femme et aux enfants majeurs de l'étranger naturalisé, ajoute : « Dans les cas de *naturalisation de faveur* prévus par les articles 9 et 10 du Code civil, la demande est jointe à la déclaration faite par le mari, le père ou la mère ».

La circulaire du garde des Sceaux, du 23 août suivant, reproduit la même interprétation.

Gardons-nous toutefois d'attacher aux affirmations du décret et de la circulaire ministérielle une importance exagérée; elles n'ont de valeur que si elles reposent sur le texte même de la loi, ou tout au moins si elles n'y trouvent aucune contradiction. Il ne saurait en effet appartenir à un ministre, ni même au chef de l'État, dont le pouvoir réglementaire en cette matière a été défini et rigoureusement limité

par l'article 5 de la loi de 1889, d'ajouter à ses dispositions, d'instituer pour certaines catégories de personnes un mode d'acquisition de la nationalité française, qu'elle n'aurait pas formellement reconnu.

C'est dans la loi elle-même, dans les précédents législatifs ou judiciaires dont elle a subi l'influence, dans les rapports et dans les discussions qui l'ont préparée, qu'il convient de chercher la véritable pensée de ses rédacteurs.

Et de cet ensemble de documents de toute nature se dégage pour nous la conviction que l'article 12 a laissé en dehors de ses prévisions l'hypothèse où la qualité de Français a .été acquise au chef de famille par le bienfait de la loi.

Sans doute, avant 1889, la question de savoir si les effets de son option lui étaient personnels ne se posait pas, puisque la jurisprudence admettait la rétroactivité de cette option; mais, déjà alors, le mot *naturalisation* revêtait une acceptation technique et limitée, excluant, suivant l'opinion commune, le cas de l'article 9. Plusieurs arrêts avaient décidé que la perte du droit de cité, attachée par l'article 17-1° du Code civil (ancien) à la *naturalisation* obtenue en pays étranger, n'était pas encourue par le Français d'origine qui avait acquis une nationalité étrangère *par l'effet de la loi*. D'autre part, on avait senti le besoin d'étendre par un texte spécial (Loi du 28 juin 1883) aux enfants nés en France de la femme autrefois française, qui le serait redevenue après la dissolution de son mariage, le bénéfice de la loi du 14 février 1882, qui avait permis aux enfants *encore mineurs* de l'étranger *naturalisé* Français d'adopter la même patrie, et d'acquérir ainsi la qualité voulue pour entrer dans les Écoles du Gouvernement. Si tous les modes quelconques par lesquels la nationalité s'acquiert et se recouvre s'étaient trouvés compris dans la dénomination générale de *naturalisation*, employée par la loi de 1882, celle de 1883 eût été superflue.

Le législateur de 1889 a-t-il entendu rompre avec la terminologie antérieure?

Comment le croire, en présence de l'article 17-1°, dont la rédaction nouvelle enlève la qualité de Français « au Français *naturalisé* à l'étranger *ou* à celui *qui acquiert sur sa demande la nationalité étrangère par l'effet de la loi* », et établit ainsi une antithèse marquée entre la naturalisation et les situations analogues à celle que prévoit l'article 9?

Et le rapport présenté à la Chambre des députés par M. Antonin

Dubost donne à cette antithèse toute sa valeur, lorsqu'il réunit sous la rubrique : *Étrangers qui peuvent devenir Français sans avoir recours à la naturalisation*, les explications qu'il consacre aux articles 9 et 10.

Mais, dira-t-on peut-être, l'article 12, § 2, ne prévoit pas seulement l'hypothèse d'une naturalisation par décret. La femme et les enfants majeurs de l'étranger « peuvent obtenir la qualité de Français, soit par le décret qui confère cette qualité au mari, ou au père ou à la mère, *soit comme conséquence de la déclaration qu'*ILS *feront dans les termes et sous les conditions de l'article 9* ». De cette proposition finale, n'est-on pas en droit de conclure que la loi, lorsqu'elle attribue à l'acquisition de la nationalité française certains effets collectifs, a considéré à la fois et celle qui résulte d'un décret de naturalisation rendu à la demande du chef de famille, et celle qui résulte, dans le cas de l'article 9, de la déclaration formulée par ce dernier?

La lettre de l'article 12, § 2, semble, par sa rédaction vicieuse, autoriser cette manière de voir. Mais il suffit de se reporter aux travaux préparatoires, pour reconnaître que la déclaration qu'il mentionne n'est pas celle que le mari ou le père a pu effectuer en vue de devenir lui-même Français, par application de l'article 9, mais uniquement celle que la femme et les enfants majeurs exprimeront pour être compris dans le bénéfice du décret de naturalisation obtenu par le chef de famille, dans le cas où ce décret les aurait passés sous silence, et où ils seraient encore dans les délais et dans les conditions voulus pour exciper de l'article 9.

Le rapport de M. Dubost, en particulier, nous indique clairement la pensée de la loi. Cette pensée a été de conserver aux enfants majeurs de l'étranger naturalisé *par décret* la faculté, que leur avait déjà reconnue la loi du 7 février 1851 (art. 2), de devenir eux-mêmes Français par le bienfait de la loi, même contre le gré du Gouvernement français. Et le texte qui a définitivement prévalu, tout en limitant à la vingt-deuxième année l'exercice de cette faculté, l'a étendue, peut-être par mégarde, à la femme mariée elle-même. Ainsi, de deux choses l'une : Ou bien la femme et les enfants majeurs sont encore dans les délais de l'article 9, au jour de la naturalisation du mari ou du père; alors il leur suffira, pour avoir part à son bénéfice, de déclarer leur volonté à cet égard, de la manière établie par cet article. Ou bien la vingt-deuxième année a déjà sonné pour eux; et alors le seul moyen qu'ils aient de partager la condition nouvelle du

chef de la famille sera d'obtenir que le décret rendu en sa faveur les admette eux-mêmes au droit de cité.

Mais rien, ni dans l'article 12, ni dans le rapport qui l'explique, ne permet d'assigner à sa disposition une portée générale; et tout au contraire semble démontrer qu'elle est étrangère à notre hypothèse.

Laissons de côté les enfants *majeurs*; l'âge auquel doit être formulée l'option autorisée par l'article 9 s'oppose à ce que l'optant en ait lors de sa déclaration. Mais sa femme, quel moyen aurait-elle de devenir Française, si elle avait dépassé sa vingt-deuxième année? L'article 12 ne fournit à ce point de vue aucune indication, puisqu'il suppose que la nationalité française est octroyée à la femme par le même *décret* qu'à son mari. Or il n'intervient aucun décret dans la situation régie par l'article 9; l'individu né en France d'un père étranger est incorporé dans la patrie française par un acte de sa seule volonté. La femme devra-t-elle solliciter sa naturalisation par un décret *individuel*, en dehors des formes et des conditions ordinaires? aucun texte ne lui en donne le droit.

Quant aux enfants *mineurs* de l'étranger né sur notre territoire, il serait bien étonnant que la loi de 1889 eût voulu les associer de plein droit à la nationalité réclamée par leur père. En effet, le système adopté par l'article 9 du Code de 1804, et reproduit dans ses traits généraux par le texte nouveau, avait rencontré, soit au Conseil d'État, soit au Sénat, lors de la première délibération, une opposition très vive. Il avait paru dangereux de permettre à l'étranger qu'un hasard a fait naître sur notre territoire de s'imposer à la France; et l'on avait imaginé de remplacer pour lui l'acquisition de la nationalité française par le bienfait de la loi par une *naturalisation de faveur*, que le Gouvernement aurait été maître de lui conférer ou de lui refuser à son gré. Cette proposition fut écartée en 1889, et n'a triomphé qu'avec la loi de 1893. Si l'on avait hésité, en 1889, à donner à l'individu né en France la faculté de devenir Français malgré la France, est-il admissible qu'en la lui donnant, comme à regret, la loi l'ait en même temps autorisé, par une sorte de mandat sous-entendu, à faire lui-même des Français, sans que le Gouvernement ait été consulté sur l'opportunité de leur réception et mis à même de s'y opposer? L'effet collectif reconnu à la naturalisation proprement dite, en ce qui concerne les enfants mineurs du naturalisé, présente des inconvénients bien moindres, puisqu'elle est précédée d'une enquête, d'un stage, et toujours subordonnée au bon plaisir de la puissance publique.

Nous estimons donc que l'article 12, §§ 2 et 3 ne s'applique ni à la femme, ni aux enfants de l'étranger qui opte pour la nationalité française, en se conformant à l'article 9, et qu'ils n'ont d'autre moyen de l'acquérir que de se soumettre personnellement aux conditions de la naturalisation ordinaire. Peut-être y a-t-il là un défaut d'harmonie, une lacune regrettable dans la législation nouvelle? Mais ils s'expliquent par la théorie jusqu'alors professée par la jurisprudence sur la rétroactivité des effets de l'option, et dans tous les cas, si l'interprète a le devoir de les signaler, il ne lui appartient pas de les effacer.

SECTION II. — *L'enfant, né en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même,* y est domicilié *à l'époque de sa majorité.*

« Est Français, dit l'article 8, 4° du Code civil, tout individu né en France d'un étranger et qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié en France, à moins que, dans l'année qui suit sa majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, il n'ait décliné la qualité de Français et prouvé qu'il a conservé la nationalité de ses parents, par une attestation en due forme de son Gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration, et qu'il n'ait en outre produit, s'il y a lieu, un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux, conformément à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues aux traités ».

Cette disposition ne figurait pas dans le texte d'abord voté par le Sénat. La distinction, établie par le droit antérieur entre l'enfant né en France d'un étranger lui-même né à l'étranger, et l'enfant né sur notre territoire d'un père étranger qui lui-même y est né, l'un Français sous condition suspensive, l'autre Français sous la condition résolutoire d'une option contraire, y était reproduite. Mais, entre ces deux situations, toutes deux soumises à des degrés divers à l'influence du *jus soli*, il n'y avait pas de place pour une situation intermédiaire. Le désir de rendre l'*heimathlosat* plus rare a fait prévaloir, à la Chambre des députés, et dans la rédaction définitivement adoptée pour la loi nouvelle, des idées quelque peu différentes.

Tout en conservant en principe à l'individu né d'un étranger sur le sol français la nationalité de son auteur, à moins d'une option formelle pour la France (C. civ., art. 9), on a considéré que l'enfant né en France d'un père qui lui-même y est né est un Français par

l'esprit, par les sentiments, par les mœurs, et que par conséquent il n'y a nul inconvénient à lui refuser le droit de se soustraire à cette qualité, en revendiquant, lors de sa majorité, la nationalité de son auteur (C. civ., art. 8-3°). Si l'un n'est, comme autrefois, Français que sous condition suspensive, l'autre est Français, qu'il le veuille ou non, et pour cesser de l'être, il n'a en général d'autres moyens que ceux que le droit commun met à la disposition de tous les Français.

Mais l'individu né sur notre territoire d'un étranger qui lui-même n'y a pas vu le jour peut cependant se rattacher à la France par des liens durables; il peut y avoir passé les années de son enfance et de sa jeunesse. Est-il juste de ne faire aucune différence, au point de vue de l'acquisition de la nationalité française, entre lui et l'enfant né en France par l'effet d'un hasard, qui n'y a jamais vécu, qui n'y a gardé ni habitation ni intérêts, de l'astreindre aux mêmes formalités et aux mêmes démarches?

La commission de la Chambre ne l'avait pas pensé : de là l'article 8-4°, dans sa rédaction première : « Est Français... tout individu né en France d'un étranger *qui, au moment de l'appel sous les drapeaux ou dans l'année qui suit la majorité de son enfant, y est établi depuis vingt ans au moins*, à moins qu'au moment de son incorporation dans l'armée ou de sa majorité il n'ait décliné la qualité de Français et prouvé qu'il a conservé la nationalité de ses parents aux conditions et suivant les formes déterminées par la loi et les règlements, et, s'il y a lieu, qu'il a satisfait à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues aux traités ».

L'innovation proposée par ce texte, et dont l'idée paraît empruntée à l'article 8, § 1 du Code civil italien, se comprenait aisément. La résidence continuée pendant vingt ans par le père de l'enfant sur notre territoire renforce et confirme la présomption d'attachement à la France qui résulte de la naissance de ce dernier parmi nous. Tout indique en effet que, pendant cette période, il a lui-même demeuré au domicile paternel, qu'il y a reçu une éducation française. Quoi de plus naturel dès lors que d'exiger qu'il détruise, par un acte formel de sa volonté, une présomption si vraisemblable, qu'il décline la nationalité française qui lui est offerte par la loi[1]?

[1] Dès 1831, on avait demandé, par voie d'amendement au projet de loi militaire, que l'individu né en France de parents étrangers, domiciliés depuis plus de vingt ans sur notre territoire, fût Français de plein droit et, comme tel, astreint au service

Cette extension du *jus soli*, du système appliqué par les lois de 1851 et de 1874 aux seuls étrangers nés en France dont les parents y étaient nés eux-mêmes, ne parut cependant pas suffisante.

A la résidence prolongée du père sur le sol français, la loi de 1889, telle qu'elle est sortie des dernières délibérations des Chambres, substitue une condition personnelle à l'enfant. Il suffit, pour que la qualité de Français soit acquise à ce dernier au jour de sa majorité. qu'il soit alors lui-même domicilié en France.

Et M. Delsol justifie de la manière suivante, dans son rapport au Sénat du 3 juin 1889, la règle nouvelle admise par l'article 8-4°. « L'enfant qui réunit cette double condition, d'être né en France et d'y être domicilié à l'époque de sa majorité, *qui, par conséquent, doit être présumé l'avoir habitée pendant sa minorité*, peut, à juste titre, être considéré comme lui étant attaché par des liens puissants. La France est son pays natal; il y a été élevé; il ne connaît point d'autre patrie. Pourquoi, dès lors, ne serait-il pas considéré comme un Français d'adoption? Cette présomption ne peut, d'ailleurs, lui causer aucun préjudice, car, arrivé à l'époque de sa majorité, il aura la faculté d'opter pour la nationalité étrangère et de demander qu'on lui applique le *jus sanguinis*. Le droit d'option, que le projet du Sénat accordait à l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y était né, se trouve ainsi transporté et rendu applicable uniquement à l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même n'y est pas né, quand cet enfant réside en France à l'époque de sa majorité et est, par suite, considéré par la loi comme Français.

« En second lieu, l'individu ainsi déclaré Français, se trouvant porté sur les tableaux de recensement, sera obligé, s'il veut échapper au service militaire, de décliner la qualité de Français dans l'année qui suivra sa majorité, et de prouver qu'il a conservé la nationalité de ses parents. Comme cette preuve sera rarement fournie, on fera disparaître, dans le plus grand nombre des cas, un abus déplorable, qui se produit fréquemment dans les départements voisins de la frontière, et contre lequel la conscience publique n'a pas cessé de protester. Avec la législation actuelle, les jeunes étrangers résidant

militaire. Il devait satisfaire à cette obligation dans l'année qui suivrait celle de sa majorité, à moins qu'il n'eût déclaré, dans le délai d'un mois à compter de cette époque, renoncer au bénéfice de l'article 9. Et l'amendement refusait le droit de faire cette déclaration à l'enfant dont le père, l'ayant faite pour son propre compte, aurait néanmoins continué à résider en France.

en France se soustraient à notre loi militaire en invoquant leur extranéité, et comme ils ne quittent pas le territoire, ils échappent aussi à la loi militaire de leur pays. Or, en agissant ainsi, ils n'éludent pas seulement une charge, qui serait l'équivalent bien naturel et bien légitime des avantages qu'ils ont trouvés en France; ils font en outre à nos nationaux une concurrence déloyale. Pendant que nos jeunes soldats sont à la caserne, ces étrangers continuent l'exercice de leur industrie ou de leur profession. Ils deviennent contre-maîtres, ils obtiennent des emplois lucratifs, et partout ils s'emparent des postes avantageux. Lorsque le soldat français revient du service, il trouve les bonnes positions occupées par eux et doit subir l'avance notable qu'ont prise sur lui ces concurrents privilégiés.

« En troisième lieu, on invoque un fait social qui prend une importance de jour en jour plus grande. Le nombre des étrangers qui viennent se fixer parmi nous est considérable..... Nous ne pouvons pas les rejeter tous hors de nos frontières, et cependant il y aurait péril à laisser se former ainsi sur notre territoire ces agglomérations d'étrangers, dont beaucoup peuvent être amenés à servir dans les armées ennemies, qui, dans aucun cas, ne serviraient dans les nôtres, et qui, dans les circonstances graves, seraient probablement pour nous un redoutable embarras? ne vaut-il pas mieux absorber ces étrangers dans la nationalité française, qui est si forte et si vivante, toutes les fois du moins que les circonstances de leur naissance ou de leur séjour permettent d'espérer qu'ils deviendront des citoyens dévoués à leur nouvelle patrie? A cet état social nouveau, ne faut-il pas une législation nouvelle? »

Sans doute ces raisons sont excellentes; mais nous persistons à croire que la rédaction proposée par la commission de la Chambre leur aurait donné une satisfaction plus complète et aurait réalisé plus heureusement les vues du législateur.

En faisant à l'individu dont il s'occupe une situation privilégiée par rapport aux autres étrangers nés sur le sol français, l'article 8-4°, a sans aucun doute supposé qu'il se rattache à la France par des liens plus étroits que ces derniers; il veut que, pour avoir part à ses avantages, il joigne à sa naissance sur notre territoire un établissement effectif et durable. Le séjour de sa famille en France pendant vingt ans, au jour où il devient majeur, constituerait à cet égard une démonstration sans réplique, exclusive de tout hasard et de tout calcul.

Mais on a considéré qu'il serait parfois difficile de suivre, en remontant en arrière, pendant une période aussi longue, les parents de l'enfant né en France, à travers tous leurs déplacements, et de constater si la résidence qu'ils y ont faite eux-mêmes n'a subi aucune interruption appréciable; et l'on a cru sortir d'embarras en limitant les investigations de l'autorité française à un seul moment déterminé de la vie de l'enfant, à celui de sa majorité. Est-il alors domicilié en France, *il est présumé*, nous dit M. Delsol, *l'avoir habitée pendant sa minorité.* Et de son côté, M. Antonin Dubost, interprétant l'article 8-4°, affirme, dans son rapport supplémentaire du 28 février 1889, que la disposition nouvelle a pour objet « de déclarer Français les individus qui, nés en France, *habitent encore* notre pays à leur majorité ». Ainsi la pensée de la loi a été que, pendant l'intervalle qui sépare sa naissance de sa majorité, l'enfant a résidé dans notre pays, et que cette résidence implique chez lui la volonté de demeurer fidèle à la patrie française.

Mais, dans le cas où cette présomption serait démentie par les faits, où l'enfant aurait quitté la France peu après sa naissance, et n'y serait revenu qu'à la veille de ses vingt et un ans pour s'y établir, l'article 8-4°, perd sa raison d'être. Même il devient dangereux, puisqu'il permet à l'intéressé de se soustraire, moyennant un transfert de domicile, toujours facile à réaliser, aux conditions plus rigoureuses écrites dans l'article 9, et qu'il lui confère des droits plus étendus que ceux qu'il aurait trouvés dans ce texte, en faisant rétroagir à sa naissance, comme nous allons le voir, l'acquisition de la nationalité française. Cependant la loi est formelle. Tout individu né en France d'un étranger, et y ayant son domicile *à l'époque de sa majorité* est Français.

Nous n'avons pas à revenir sur les conditions d'application de l'article 8-4°; elles nous sont suffisamment connues par les développements qui ont été consacrés à l'article 9. Pour que notre texte s'applique, il faut que celui qui s'en prévaut soit *né en France*, *né d'un étranger*, et ne soit *pas domicilié* parmi nous, à l'époque de sa majorité, telle qu'elle est déterminée par la loi française.

Ces trois conditions se trouvent-elles réunies, l'étranger est de plein droit Français, à l'instant même où il termine sa vingt et unième année; et il ne nous paraît pas douteux que cette qualité ne lui soit aquise même dans le passé. En effet, l'individu né en

France d'un père étranger est appelé à la nationalité française, sous cette condition suspensive, qu'au jour de sa majorité il sera domicilié sur notre territoire; or le propre de toute condition accomplie est de rétroagir (C. civ., art. 1179).

Pour écarter ici l'application de cette règle de droit commun, un texte formel serait nécessaire; mais le législateur a bien marqué sa volonté de n'y pas déroger, en limitant aux hypothèses prévues par les articles 9, 10, 18 et 19 du Code civil la non-rétroactivité établie par son article 20; et le silence qu'il a gardé, en ce qui concerne les personnes dont s'occupe l'article 8-4°, est particulièrement significatif, si l'on compare la formule de cette dernière disposition à celle de l'article 9. L'enfant né et domicilié en France *est* Français (art. 8-4°); l'enfant né en France, mais domicilié à l'étranger, *devient* Français par l'effet d'une option expresse ou tacite. N'y a-t-il pas là une antithèse voulue, certaine?

Mais, si la qualité de Français, une fois obtenue, rétroagit dans ses effets, il ne s'ensuit nullement que celui auquel elle est offerte par l'article 8-4°, doive être considéré comme en étant investi *pendente conditione*, c'est-à-dire pendant la période qui sépare sa naissance de sa majorité, et qu'il puisse réclamer dès ce moment tous les droits et tous les avantages dont elle est la source. Ce n'est qu'au jour où il atteint ses vingt un ans qu'il est possible de savoir s'il satisfait aux conditions légales, s'il est Français de droit, en vertu de l'article 8, ou s'il est seulement dans la situation voulue pour le devenir par l'effet d'une option exprimée conformément à l'article 9. Jusque-là il est étranger, et tout ce que nous avons dit de la condition faite avant toute option à l'étranger né sur le sol français reçoit son application. Un arrêté d'expulsion sera valablement pris contre lui [1]. L'armée française lui sera fermée, et les écoles du Gouvernement elles-mêmes ne lui seront accessibles que si la nationalité française a été réclamée en son nom par les personnes désignées à l'article 9, § 2.

Cela revient à dire que, tant que l'enfant né en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même est encore mineur, la circonstance qu'il a ou qu'il aura son domicile sur notre territoire est dénuée

[1] Et cet arrêté d'expulsion le met, aux termes d'une jurisprudence constante, dans l'impossibilité légale d'avoir un domicile en France au jour de sa majorité, et par suite de réclamer le bénéfice de l'article 8-4°. Cass., 22 décembre 1894 (*Pand. fr. pér.*, 1895. 1. 185); 21 janvier 1898 et 30 mars 1898 (D. P. 1899. 1. 321); 2 avril 1903 (*Bulletin prat. de dr. int. pr.*, 1903, p. 221).

d'importance. Dans un cas, comme dans l'autre, il n'a d'autre nationalité que celle de ses parents; comme eux, il ressortit à la loi étrangère, constitutive de leur statut personnel, et est soumis à toutes les incapacités dont les étrangers, quels qu'ils soient, sont frappés en France.

Mais, une fois majeur, il se trouve en face d'une alternative : Est-il alors domicilié à l'étranger, il est tenu, s'il veut devenir Français, de formuler une option dont les effets se limitent à l'avenir. A-t-il au contraire son domicile en France, la loi, présumant ses intentions, opte elle-même en son nom, et cette option rétroagit.

D'ailleurs, la présomption sur laquelle repose l'article 8-4° du Code civil n'est pas invincible; il est permis à celui que ce texte déclare Français de droit de s'y soustraire, par une déclaration formelle de sa volonté.

Cette faculté était déjà reconnue à l'étranger né en France d'un étranger qui lui-même y était né, par les lois du 7 février 1851 et du 16 décembre 1874, auxquelles la législation nouvelle l'a empruntée.

Nous allons nous demander :

1° A quelles personnes il appartient de s'en prévaloir;

2° A quelles conditions est soumise la répudiation de la nationalité française, autorisée par l'article 8-4°;

3° Quels sont les effets de cette répudiation?

1° *A quelles personnes appartient-il de décliner la nationalité française, par application de l'article 8-4°?*

Ce droit peut être exercé par tous ceux qui doivent à notre texte la qualité de Français, c'est-à-dire par tous les étrangers qui, nés en France, y sont domiciliés à l'époque de leur majorité; il peut même l'être par ceux au nom desquels une option favorable à la France a été formulée, avant leur vingt-deuxième année, dans les termes de l'article 9.

Sans doute il y a quelque chose de choquant à ce que, après avoir participé dans une large mesure aux privilèges qui sont attachés à la qualité de Français, en recevant une instruction militaire ou professionnelle réservée à nos nationaux, l'individu né en France puisse, par une simple déclaration, repousser la patrie à laquelle il est redevable de ce bienfait et en faire profiter une nation étrangère.

Et la loi du 16 décembre 1874 avait heureusement écarté cet in-

convénient, pour les jeunes gens nés en France d'un père lui-même né sur notre territoire, lesquels étaient, avant les modifications récentes, Français de plein droit sous la condition résolutoire d'une option contraire, c'est-à-dire dans une situation semblable à celle qui résulte de l'article 8-4° : « Ces jeunes gens, disait son article 2, peuvent, soit s'engager volontairement dans les armées de terre et mer, soit contracter l'engagement conditionnel d'un an. . . . . . ., soit entrer dans les écoles du Gouvernement à l'âge fixé par les lois et règlements, en déclarant qu'ils renoncent à réclamer la qualité d'étranger dans l'année qui suivra leur majorité. Cette déclaration ne peut être faite qu'avec le consentement exprès et spécial du père, ou, à défaut du père, de la mère, ou à défaut de père et de mère, qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Elle ne doit être reçue qu'après les examens d'admission et s'ils sont favorables. »

Mais rien, dans la loi nouvelle, ne rappelle cette disposition.

L'article 9, § 2, n'autorise formellement aucune renonciation anticipée du mineur au droit de décliner un jour la nationalité française. Ce n'est qu'au prix d'une dérogation au principe qui subordonne tout changement de patrie à la capacité et au consentement de l'intéressé, qu'il a admis le mineur né en France à devenir Français, et à le devenir par l'effet d'une déclaration qu'il n'a pas lui-même formulée. Et de quel droit viendrait-on étendre cette dérogation, aggraver ses conséquences, en rendant définitive la nationalité acquise au mineur, sans qu'il l'ait recherchée, en permettant à ses parents ou à son tuteur de renoncer en son nom à la faculté de répudiation que l'article 8 lui réserve?

Pareille renonciation, qui ne tarderait pas à être jointe, comme une clause de style, à toute option exprimée pour le compte d'un mineur, dans les termes de l'article 9, ne serait-elle pas d'ailleurs par elle-même dépourvue d'efficacité juridique? Le droit sur lequel elle porterait n'appartient pas dès à présent au mineur; il est purement éventuel et destiné à ne s'ouvrir à son profit qu'à l'heure de sa majorité, et à la condition qu'il soit alors domicilié sur le sol français; on ne voit pas comment les personnes mentionnées à l'article 9, § 2, pourraient l'en priver à l'avance pour le temps où il sera capable, c'est-à-dire affranchi de leur autorité. Que leur volonté soit reçue à se substituer à la sienne propre, lorsqu'il s'agit de lui conférer une qualité qui semble devoir lui être avantageuse, et lui ouvrir, pendant sa minorité, les écoles et les fonctions publiques, soit. Mais que

cette même volonté ait la puissance de lui ôter les avantages du droit commun, de le placer dans une situation plus défavorable que celle des étrangers nés en France, pour lesquels aucune option n'a encore été effectuée par leurs représentants légaux, un texte formel pourrait seul nous obliger à l'admettre.

Le décret réglementaire du 13 août 1889 s'est en vain préoccupé de suppléer au silence de la loi du 26 juin, lorsqu'il dispose, dans son article 12 et dernier, que « la renonciation du mineur à la faculté qui lui appartient, par application des articles 8-4°, 12 et 18 du Code civil, de décliner à sa majorité la qualité de Français, est faite en son nom par les personnes désignées dans l'article 9, § 2 du Code civil ».

Il y a là un empiètement du pouvoir exécutif sur le domaine du législateur, un empiètement que condamnent les termes de l'article 5 de la loi de 1889. En autorisant le chef de l'État à déterminer, par un règlement d'administration publique, « les *formalités* à remplir et les *justifications* à faire, relativement à... la renonciation à la qualité de Français, » ledit article a limité ses attributions et n'a évidemment pas voulu lui permettre de revenir, pour les individus dont il s'agit, au système de la loi de 1874, expressément abrogée. Le moment auquel la renonciation doit être faite est fixé par la *loi;* le décret ne peut y toucher; et la faculté qu'il reconnaît au mineur de l'avancer par une option faite en son nom n'est pas légale, puisqu'elle s'analyse non en une simple *formalité*, mais dans l'abandon d'un droit.

Mais tout au moins la soumission volontaire aux obligations du recrutement constitue-t-elle, pour les individus nés en France d'étrangers et domiciliés dans notre pays à l'époque de leur majorité, une renonciation implicite à la faculté d'opter pour la nationalité étrangère, qui leur est reconnue par l'article 8-4° ? Le fait d'avoir participé au tirage, sans exciper de leur extranéité, emporte-t-il déchéance de cette faculté?

Les auteurs qui ont écrit sur la loi nouvelle inclinent à admettre l'affirmative; ils appliquent par analogie à cette hypothèse l'article 9, *in fine* du Code civil et l'article 11, § 2 de la loi militaire du 15 juillet 1889, dont il résulte que le défaut de réclamation opposée par l'étranger né sur notre territoire, lors du tirage au sort auquel il est appelé, vaut *option tacite* de sa part pour la nationalité française.

Mais cette interprétation forcée a contre elle, croyons-nous, non seulement les termes non équivoques de l'article 11 de la loi sur le

recrutement, qui assimile le silence gardé par l'étranger porté sur le tableau de recensement à la déclaration prévue par l'article 9 du Code civil, et nullement à une renonciation anticipée au bénéfice de l'article 8-4°, mais encore les affirmations très catégoriques des rapporteurs de la loi sur la nationalité qui, soit au Sénat, soit à la Chambre des députés, se sont accordés pour déclarer que l'option tacite, résultant de la participation au tirage au sort, dans les termes de l'article 9, *in fine*, est réservée à l'enfant né en France d'un père étranger, et n'y ayant pas son domicile lors de sa majorité.

Ainsi le fils d'étranger né en France, et y ayant son domicile lors de sa majorité, pourra, même après avoir tiré au sort et quoique n'ayant élevé aucune réclamation contre son inscription, décliner, jusqu'au dernier jour de sa vingt-deuxième année, la qualité de Français. Peut-être y a-t-il là une lacune dans la loi, un défaut d'harmonie entre les situations prévues par les articles 8-4° et 9 du Code civil? mais au législateur seul il appartient d'y subvenir.

Si le droit de renoncer par anticipation à la faculté de répudier la nationalité française ne peut, dans l'état actuel, être reconnu au *mineur* né d'un père étranger sur le sol français, ce droit n'existe donc pas davantage pour le *majeur* né et domicilié en France, au jour de son appel sous les drapeaux. Le délai d'option imparti par l'article 8-4°, n'est jamais susceptible d'être abrégé au détriment de l'ayant droit.

La femme née en France sera-t-elle admise à réclamer, *après son mariage*, en admettant qu'elle y soit domiciliée au jour de sa majorité, la nationalité étrangère qui appartient à ses parents? La question, bien que n'ayant qu'une importance relative, n'est cependant pas dépourvue de tout intérêt; il est facile de s'en rendre compte, en envisageant les deux hypothèses qui peuvent se présenter.

Ou bien le mari est étranger; dans ce cas, la nationalité française, que l'article 8-4°, attribue rétroactivement à la femme domiciliée en France à l'époque de ses vingt et un ans, se limite à la période qui a précédé son mariage; ce mariage l'en a dépouillée virtuellement, comme il en eût dépouillé la femme née de parents français elle-même, par application de l'article 19 du Code civil, et sauf l'exception qu'il prévoit. Et la déclaration d'extranéité qu'elle formulera au cours de sa vingt-deuxième année, dans la mesure de sa capacité, n'aura d'autre effet que d'effacer même dans le passé, même antérieurement à son

mariage, la qualité dont elle a été fictivement revêtue; de donner aux enfants naturels, qu'elle a pu mettre au monde et reconnaître alors, la nationalité étrangère, dont le défaut d'option de leur mère les eût privés au regard de nos lois[1]. Quant à la femme elle-même, cette déclaration n'exercera aucune influence sur sa condition *actuelle*. Épouse d'un étranger, elle demeurerait étrangère aux termes de l'article 19 du Code civil, alors même qu'elle n'aurait pas formellement exprimé sa volonté de l'être.

Le mari, au contraire, est-il lui-même Français. L'union que la femme née sur notre territoire a contractée avec lui l'a rendue *ipso facto* Française (C. civ., art. 12); elle n'a donc pas besoin du secours de l'article 8-4°, pour le devenir. La circonstance qu'au moment où elle devient majeure elle a son domicile en France, ne fait que consolider cette qualité sur sa tête *dans le passé*. Les enfants qu'elle aura eus et reconnus avant son mariage lui devront la nationalité française. Que si, une fois majeure, elle revendique la nationalité étrangère, avec l'autorisation de son mari, cette revendication n'aura guère d'effet qu'en ce qui concerne ces derniers, puisqu'elle les fera considérer comme nés d'une mère étrangère; mais la femme n'en conservera pas moins la qualité de Française qui résulte pour elle de son mariage, et à laquelle il ne lui aurait pas été permis de se soustraire au jour de la célébration; son option peut bien détruire pour elle la présomption sur laquelle repose l'article 8-4°; mais elle ne touche pas à la règle de l'article 12, qui lui donne d'autre part vocation à la nationalité française.

2° A quelles conditions est soumise la répudiation de la nationalité française, autorisée par l'article 8-4°?

L'individu né en France d'un père étranger, et y ayant son domicile à l'époque de sa majorité, doit, s'il veut décliner la qualité de Français qui lui est attribuée de droit par l'article 8-4° du Code civil, déclarer ses intentions *dans l'année qui suit ses vingt et un ans;* et à cette déclaration il doit joindre la preuve qu'il a conservé la nationalité de ses parents et, s'il y a lieu, qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux, conformément à la loi militaire de son pays. Trois conditions lui sont donc imposées :

a) Il doit *déclarer* sa volonté de répudier la nationalité française.

[1] Voy. ci-dessus, p. 16 et s.

C'est au juge de paix du canton de sa résidence, ou, s'il habite en pays étranger, à l'agent diplomatique ou au consul de France, qu'il appartient de recevoir cette déclaration. Les formes dans lesquelles elle doit être faite et les règles propres à assurer sa conservation et sa sincérité ont été déterminées par le décret du 13 août 1889 (art. 6 et s.) et par la loi du 22 juillet 1893; elles nous sont déjà connues; bornons-nous à dire que rien ne peut la suppléer et qu'elle doit être enregistrée au ministère de la Justice; cet enregistrement doit être refusé s'il résulte des pièces produites que le déclarant n'est pas dans les conditions voulues par la loi, sauf à lui à se pourvoir devant les tribunaux civils (L. 1893, art. 3).

b) Le déclarant est en outre tenu de prouver, dans le même délai d'un an, qu'il a conservé la nationalité de ses parents, par une attestation en due forme de son Gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration (C. civ., art. 8-4°).

Cette justification, déjà exigée par la loi du 16 décembre 1874 de ceux qu'elle admettait à décliner la nationalité française, est très utile; elle est en effet de nature à enlever des recrues à l'armée des ***heimathlosen***, par cela seul qu'elle empêche l'individu né et domicilié en France de se soustraire à la fois aux charges publiques attachées à la qualité de Français, en excipant de son extranéité, et aux charges publiques étrangères, dans le cas où le long séjour que lui-même ou ses parents ont fait en France lui aurait fait perdre sa patrie d'origine, au regard des lois qui régissent cette dernière.

Mais la loi de 1889, pas plus que celle de 1874, ne dit quelle autorité a compétence, à l'étranger, pour délivrer l'attestation en due forme qu'elle réclame. C'est à la législation intérieure de chaque État[1], ou aux conventions diplomatiques intervenues entre la France et les Puissances étrangères, qu'incombe le soin de régler ce détail d'exécution; dans le cas où la loi étrangère ne se prêterait pas à la délivrance de l'attestation que la loi de 1889 tient pour nécessaire, il sera possible d'y suppléer par des équipollents; c'est ainsi que l'immatriculation de l'optant sur les registres d'un consulat étranger en tiendrait lieu, le cas échéant [2].

c) Le fils d'étranger qui revendique une nationalité étrangère dans l'hypothèse réglée par l'article 8-4°, doit joindre, *s'il y a lieu*, à la

[1] V. notamment l'instruction du *Foreign Office* anglais du 19 mai 1892 (*Journal du dr. int. pr.*, 1892, p. 1213).

[2] Trib. civ. Bayonne, 27 décembre 1882 (*Journ. du dr. int. pr.*, 1883, p. 56).

justification dont il vient d'être parlé, *un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux, conformément à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues aux traités* (C. civ., art. 8-4°, *in fine*).

Cette exigence se trouvait déjà formulée dans une proposition de loi dont M. des Rotours, député du Nord, avait saisi en 1872 l'Assemblée nationale, en vue de fondre en un texte unique l'article 9 du Code civil et la loi du 7 février 1851, et de rendre l'*heimathlosat* moins facile : « Est déclaré Français et, comme tel, soumis à la loi du recrutement de l'armée, portait ce texte, tout individu *né en France de parents étrangers*, à moins qu'il ne déclare, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, repousser la qualité de Français, et *qu'il ne justifie avoir satisfait aux obligations que la loi du recrutement du pays d'origine de sa famille lui impose* » (*J. off.*, 24 novembre 1872).

La proposition des Rotours ne fut pas accueillie. On lui objecta qu'il n'appartient pas aux autorités françaises de veiller à l'exécution des lois militaires que les autres nations ont jugées nécessaires à leur défense. D'ailleurs, le principe du recrutement n'étant pas admis par toutes les législations, comment aurait-on traité en France l'individu que la loi nationale de ses parents affranchit de tout service? l'assimiler à ceux qui ont satisfait à leurs obligations militaires, c'eût été lui donner sans raison une situation privilégiée. Enfin était-il digne de la France de faire de la collation du droit de cité un châtiment infligé aux réfractaires étrangers?

En dépit de ces raisons, qui ne sont pas sans valeur, le système, repoussé en 1872, fut repris par un amendement de M. Pâris au Sénat, lors de la discussion de la loi sur la nationalité, et appliqué d'abord aux individus nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y étaient nés; puis, lorsqu'on eut décidé d'attribuer à ces derniers la nationalité française, sans option contraire possible (C. civ., art. 8-3°), il passa dans la disposition consacrée aux individus nés et domiciliés lors de leur majorité sur le sol français (C. civ., art. 8-4°).

La pensée qui a inspiré son adoption, c'est de prévenir les déclarations d'extranéité abusives, de corroborer l'option de l'étranger, en lui donnant une sanction pratique. Le Parlement a considéré que « la nationalité d'un citoyen implique nécessairement l'accomplissement des devoirs sacrés que peut lui imposer la loi militaire de son pays »; l'obéissance qu'il a montrée aux injonctions de cette loi prouve sur-

abondamment qu'il a conservé la qualité d'étranger et lève tous les doutes qui pourraient s'élever sur la sincérité de sa déclaration.

3° *Quels sont les effets de la renonciation à la qualité de Français, autorisée par l'article 8-4 du Code civil?*

Si l'individu né et domicilié lors de sa majorité sur le territoire français laisse passer sa vingt-deuxième année sans revendiquer la nationalité étrangère, son état ne subit aucun changement. Devenu Français par l'effet de l'article 8-4°, il reste ce que la loi l'a fait. Mais si, usant de la faculté qu'elle lui reconnaît, il a déclaré sa volonté d'appartenir à l'État auquel ses parents ressortissent, son option, régulièrement exprimée, le rend étranger à la France. « *Perd* la qualité de Français, dit l'article 17-2° du Code civil..., le Français qui a décliné la nationalité française dans le cas prévu au paragraphe 4 de l'article 8 ».

A partir de quel moment cette option produira-t-elle ses effets? Celui qui l'a formulée sera-t-il réputé avoir eu, pendant sa minorité, la nationalité française, dont l'arrivée de ses vingt et un ans, alors qu'il était domicilié en France, l'avait investi? ou au contraire redevient-il étranger même dans le passé?

Nous nous prononçons sans hésiter pour la rétroactivité de la déclaration d'extranéité, faite en conformité de l'article 8.

L'individu auquel ce texte s'applique doit à sa naissance, suivie de l'établissement de son domicile en France, la qualité de Français; mais cette qualité ne lui est pas conférée d'une manière définitive; elle ne lui appartient que sous la *condition résolutoire* d'une option contraire; et cette condition, une fois réalisée, doit rétroagir comme toute condition (C. civ., art. 1179). Il ne faut pas que celui qui affirme sa volonté de n'être pas Français l'ait jamais été malgré lui. L'article 20 dispose que l'étranger né en France ne devient Français que pour l'avenir, *s'il opte pour notre patrie*, et l'on voudrait que l'étranger qui, loin d'avoir manifesté le désir de l'acquérir, vient de lui témoigner son éloignement par un acte formel, soit considéré comme ayant eu part à ses avantages pendant une longue période de son existence!

Ajoutons que la rétroactivité n'est nullement en contradiction avec les termes de l'article 17. L'individu né et domicilié en France étant de droit Français au jour de sa majorité, pour cesser de l'être, il faut

évidemment qu'il *perde* cette qualité qui lui a appartenu dans l'intervalle de ses vingt et un ans et de sa déclaration; mais, en rangeant cette déclaration parmi les divers événements qui font *perdre* la qualité de Français, l'article 17 n'a pas entendu limiter ses conséquences à l'avenir; ce qui le démontre, c'est l'article 8-4°, lui-même, lorsqu'il suppose que l'optant établit qu'il a *conservé* la nationalité de ses parents. Ce mot implique le maintien d'une situation antérieure, c'est-à-dire le dépouillement rétroactif de la qualité de Français.

SECTION III. — *L'enfant est né en France d'un étranger qui lui-même y est né.*

Sous l'empire du Code civil de 1804, la condition de l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né était entièrement semblable à celle de l'individu né sur notre territoire d'un étranger né à l'étranger. Français sous condition suspensive, il ne pouvait acquérir cette qualité d'une manière définitive qu'en se soumettant aux formalités prescrites par l'article 9.

Qu'arrivait-il alors? c'est que les fils d'étrangers négligeaient le plus souvent d'effectuer la déclaration exigée par cet article et demeuraient en France, où ils jouissaient de la protection de nos lois; puis, lorsque leur intérêt le demandait, lorsqu'on menaçait de les astreindre aux charges publiques, au service militaire, ils s'empressaient de revendiquer, pour s'y soustraire, la qualité d'étrangers. Il s'était ainsi formé, surtout dans les départements frontières, tout une classe d'individus qui, bien qu'appartenant à des familles fixées depuis plusieurs générations sur le sol français, avaient conservé, au regard de notre législation, la nationalité étrangère et qui, dans leur pays, étaient réputés avoir, en perdant l'esprit de retour, renoncé à leur patrie d'origine. Étrangers en France, étrangers partout, ils invoquaient en France les droits de l'étranger, et à l'étranger la qualité de Français : ils avaient les avantages d'une et même de deux patries, sans avoir la charge d'aucune.

Cet état de choses anormal avait de bonne heure attiré l'attention des jurisconsultes. C'est pour y porter remède dans une certaine mesure que Proudhon avait imaginé, par sa célèbre théorie de l'*incolat*, d'attribuer de droit la nationalité française à tout individu né sur notre territoire d'un étranger qui s'y serait fixé à perpétuelle demeure, et d'écarter ainsi pour lui l'application de l'article 9. Mais l'opinion

du doyen de Dijon était demeurée isolée, et ce n'est qu'en 1851, après des essais infructueux tentés en 1831 et en 1849, que le législateur s'était déterminé à donner satisfaction aux justes critiques dont le Code civil de 1804 avait été l'objet.

La loi du 7 février 1851, modifiée par celle du 16 décembre 1874, s'exprimait ainsi dans son article 1er : « *Est Français* tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques et consulaires de la France à l'étranger, et qu'il ne justifie avoir conservé sa nationalité d'origine, par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration. Cette déclaration pourra être faite par procuration spéciale et authentique ».

La situation faite par cette loi à l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y était né différait ainsi sensiblement de celle que l'article 9 du Code civil de 1804 avait créée au profit de l'enfant né en France d'un étranger originaire d'un territoire étranger; celui-ci étant réputé étranger jusqu'à déclaration contraire, celui-là étant Français de naissance, sauf option formulée dans l'année de sa majorité pour la nationalité de ses parents.

Le législateur de 1851 avait considéré que le fait de deux naissances successives sur le sol français survenues en ligne directe dans la même famille, est de nature à faire présumer un établissement définitif dans notre pays et implique chez le fils d'étranger l'intention de rompre tous les liens qui peuvent encore l'unir à la nationalité de son père; l'attachement persistant de deux générations à la terre française équivaut donc en quelque manière à la filiation française. Toutefois cette présomption n'est pas invincible; il appartient à l'enfant lui-même de la détruire en se réclamant, lors de sa majorité, de la patrie dont relève son auteur.

On le voit, le système adopté par les lois de 1851 et de 1874, en ce qui concerne l'individu né en France d'un étranger qui y est né lui-même, est absolument semblable à celui que la loi nouvelle a appliqué au fils d'étranger né et domicilié à l'époque de sa majorité sur le territoire français (C. civ., art. 8-4°), et auquel il a d'ailleurs servi de modèle. Mais la loi de 1874 s'était montrée plus prévoyante que celle de 1889, en ce qu'elle exigeait des mineurs ayant

part à son bénéfice une renonciation à la faculté de revendiquer plus tard la nationalité étrangère, dans le cas où ils voudraient s'engager dans les armées françaises ou entrer dans les écoles spéciales du Gouvernement à l'âge fixé par les lois et règlements, et consolidait ainsi sur leur tête, dans un intérêt facile à comprendre, la qualité de Français, avant qu'ils eussent atteint leur majorité légale.

Les lois de 1851 et de 1874 n'avaient pas réalisé les espérances de leurs promoteurs. La faculté d'option, réservée aux individus que ces textes déclaraient Français au jour et par le fait de leur naissance, était pour eux un moyen commode de se dérober aux charges auxquelles tous les Français sont astreints; et ils ne se faisaient pas faute d'en user, conservant ainsi dans notre pays, dont ils avaient pris les habitudes et les mœurs, dont ils parlaient la langue, une nationalité étrangère et une situation privilégiée. Chaque recensement attestait les progrès de l'élément étranger, et rendait plus sensible le danger qu'il faisait courir à l'État français.

Comment conjurer ces progrès et ce danger?

Il avait paru aux auteurs de la loi de 1889 que le meilleur procédé, pour y parvenir, serait d'assimiler entièrement cette population jusqu'ici réfractaire, au milieu dans lequel elle vivait, d'effacer toute distinction entre elle et les Français d'origine, de l'assujettir aux mêmes obligations, et de lui enlever par là tout intérêt à porter ses regards au delà de nos frontières : « Est Français, disait l'article 8-3° du Code civil (tel que cette loi l'avait fait)..... tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né ». D'après la loi de 1889, la qualité de Français lui est imposée, qu'il le veuille ou non. Il ne lui suffira plus, pour en éluder les devoirs, de faire connaître sa volonté de demeurer fidèle à l'allégeance de ses parents; la nationalité qui lui est attribuée par la loi ne cessera d'être la sienne, que dans les cas prévus par les articles 17 et 19 du Code civil. Il se trouve donc placé dans les mêmes conditions que le Français né de parents français.

L'article 8, § 3, dans sa rédaction de 1889, ne faisait aucune distinction, suivant que l'auteur étranger né en France était le père ou la mère de l'enfant. Fallait-il l'appliquer aux deux hypothèses? Fallait-il, dans les deux cas, déclarer l'enfant Français, sans option, sans retour possible? ou n'admettre cette solution que si le *père* avait reçu le jour sur le sol français? La question s'était posée sous

l'empire de la loi du 7 février 1851 qui, tout en proclamant Français de droit l'enfant né en France d'un étranger lui-même né sur notre territoire, lui réservait la faculté de décliner cette qualité à l'époque de sa majorité. Et la Cour de cassation avait décidé que le fils d'une mère étrangère née en France pouvait aussi bien se réclamer du *jus soli* que celui dont le père était né parmi nous[1]. Cette jurisprudence dont le maintien, sous le régime nouveau introduit par la loi de 1889, ne pouvait faire doute, ne présentait pas, avant la mise en vigueur de cette loi, d'inconvénients pratiques bien sérieux, en présence du droit d'option réservé à l'enfant par le législateur de 1851; mais la suppression de ce droit d'option l'avait, au contraire, rendue singulièrement dangereuse en imposant malgré lui, malgré ses sentiments, malgré ses intérêts certains, la nationalité française au fils d'un père étranger, né lui-même à l'étranger et y ayant toujours demeuré, par cela seul que sa mère, peut-être autrefois française et ayant cessé de l'être à la suite de son mariage, l'aurait mis au monde dans son propre pays natal. C'est ce danger, ce sont les réclamations diplomatiques qui n'auraient pas manqué de se produire et qui déjà s'étaient produites, que la loi du 22 juillet 1893 a voulu prévenir. Cette loi abandonne partiellement le système absolu consacré par le législateur de 1889; elle limite l'application de ce système au cas où l'individu est né en France d'un père étranger qui lui-même y est né, revenant ainsi au principe de notre droit qui accorde à la nationalité du père une influence prépondérante sur la nationalité de l'enfant.

La nationalité française a donc cessé d'être imposée à tout enfant légitime, dont l'un des père et mère est né, ainsi que lui, sur la terre française. La loi de 1893 établit à cet égard une distinction. Est-ce le *père* qui est né en France? L'enfant, qui doit suivre sa condition, est, qu'il le veuille ou non, déclaré Français. La présomption d'attachement à notre pays, d'éducation française, qui résulte de cette double naissance sur notre territoire, est invincible. Au contraire, l'enfant est-il issu d'une *mère* elle-même née en France, il n'acquiert la nationalité française que sous la condition résolutoire d'une option contraire, d'une répudiation formulée dans l'année de sa majorité; on revient donc, en ce qui le concerne, au système de la loi du 7 février 1851. Le projet du Gouvernement ne s'occupait pas de cette dernière hypothèse; il se bornait à limiter à l'enfant « né en France d'un *père*

[1] Cass., 7 décembre 1891 (*Pand. fr. pér.*, 1892. 1. 129).

étranger qui lui-même y était né », l'attribution définitive de la qualité de Français, laissant par cela même le fils d'une mère étrangère sous l'application, tantôt de l'article 8-4°, tantôt de l'article 9 du Code civil. C'est un amendement proposé à la Chambre des députés qui est venu compléter la disposition de ce projet, en donnant au fils d'une mère étrangère, qu'il soit ou non domicilié en France à l'époque de sa majorité, la qualité immédiate de Français, mais avec la faculté d'y renoncer plus tard.

La loi de 1893 prend également en considération le sort de l'enfant naturel. Fidèle au système qu'elle a, d'autre part, appliqué à l'enfant légitime, elle déclare que cet enfant ne devra à sa naissance sur le sol français la qualité irrévocable de Français que si l'auteur dont il partage la condition y est né lui-même. L'enfant a-t-il été reconnu en premier lieu par celui de ses parents qui est né en France, que ce soit le père ou que ce soit la mère, il est Français, sans pouvoir décliner ce titre; et il en est de même, lorsque le père et la mère l'ayant reconnu par le même acte, c'est le père qui est né en France. En dehors de ces deux cas, la nationalité française n'est attribuée *hic et nunc* à l'enfant naturel, que sous la réserve d'une répudiation ultérieure : c'est ce qui arrive, d'une part, lorsque le père étranger, né hors de France et la mère, née en France, l'ont reconnu simultanément, ou lorsque la reconnaissance du père a précédé celle de la mère, de l'autre, lorsque la mère étrangère, née à l'étranger, a reconnu l'enfant la première.

Mais que faut-il entendre par *étranger* né en France? L'enfant né en France d'un ci-devant Français, né lui-même sur notre territoire, sera-t-il dans les conditions prévues par l'article 8-3°, et sera-t-il, en conséquence, regardé comme investi de droit, le cas échéant, de la qualité de Français?

On pourrait objecter à cette solution, d'une part, que la loi semble exiger que le père de l'enfant ait été *étranger au jour même de sa naissance*, de l'autre que l'article 10, qui s'occupe précisément de favoriser le retour à la France des individus nés de personnes autrefois françaises, perdrait la plupart de ses applications, si elle devait prévaloir.

Nous répondrons que ce n'est pas au moment de la naissance du père que regarde la loi, lorsqu'elle le qualifie d'*étranger*, mais au moment de la naissance de celui-là même dont elle règle la nationalité, c'est-à-dire de l'enfant. L'article 8-3°, ne lui est applicable que

s'il est *né d'un étranger ;* autrement il serait Français *jure sanguinis*, conformément au paragraphe premier du même article; mais, dès que son père avait la qualité d'étranger, lors de sa naissance, peu importe que celle de Français lui ait antérieurement appartenu! Il y a plus. Les motifs qui ont inspiré l'article 8-3°; ont une force toute particulière dans cette dernière hypothèse. L'éducation que l'enfant aura reçue, les sentiments qui lui auront été inculqués seront sans doute plus favorables à la France, plus français, s'il les doit à un père qui lui-même a été Français, que si la naissance de ce père sur notre territoire a été l'effet du hasard.

Quant à l'article 10, l'interprétation que nous croyons devoir donner à notre texte est loin de le rendre inutile. Il continuera à régir la condition des enfants qui sont nés *à l'étranger* d'un père autrefois Français; et même les enfants nés *en France* devront invoquer son bénéfice pour devenir Français, dans le cas où leur père, quoiqu'ayant été revêtu de cette nationalité, ne serait pas né lui-même sur la terre française.

La jurisprudence a été appelée, il y a quelques années, à faire application de notre système à un individu né en France, d'un père qui lui-même était né sur un territoire alors incorporé à la France, mais ayant plus tard fait retour à l'État dont il avait été démembré. Cet individu devait-il être considéré comme né en France d'un étranger qui lui-même y était né, et par suite comme Français sous la condition résolutoire d'une option contraire formulée dans les termes des lois de 1851 et de 1874? La Cour de cassation, sans se laisser arrêter par le soi-disant principe du droit international, suivant lequel un territoire annexé serait réputé avoir toujours appartenu à l'État dernier occupant, et par la nationalité française qui avait été celle du père, pendant la réunion de son pays natal à la France, s'est prononcée en faveur de l'affirmative[1], et sa doctrine n'a rien d'incompatible avec la loi de 1889, qui déclare Français, indépendamment de toute option, l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né[2]. Cette solution, observons-le dès maintenant, présente un intérêt considérable pour les enfants nés sur le territoire français, *après l'annexion* de l'Alsace-Lorraine, de parents eux-mêmes originaires de cette province. Encore que ces derniers n'aient pas opté pour la France, dans les délais et conditions prévus par le traité de Francfort, la nationalité française leur est acquise, dans les termes de la loi nouvelle.

[1] Cass., 7 décembre 1883 (Sirey, 1885. 1. 89; D. P. 1884. 1. 209).
[2] Cass., 17 février 1903 (D. P. 1903. 1. 243).

L'enfant né en France d'un père étranger qui lui-même y est né est donc Français de plein droit et dès l'instant de sa naissance. Il suit de là qu'il peut réclamer toutes les facultés, tous les avantages auxquels peuvent prétendre les Français dont la nationalité procède du *jus sanguinis*. Toutes les écoles, tous les concours lui sont accessibles; et de même il doit le service militaire avec tous les jeunes gens de sa classe, sans jamais pouvoir s'y dérober.

SECTION IV. — *L'enfant est né en France de père et mère inconnus ou dont la nationalité est incertaine.*

Quelle sera la nationalité d'origine de l'enfant né en France de parents inconnus, en entendant par là aussi bien celui dont la filiation adultérine ou incestueuse rend la reconnaissance légalement impossible, que celui que ses père et mère naturels ont volontairement refusé d'avouer? Si l'un des auteurs de cet enfant s'était fait connaître, au jour de sa naissance, il n'aurait pas en principe d'autre nationalité que la sienne. Né d'un Français ou d'une Française, il serait lui-même Français *jure sanguinis* (C. civ., art. 8-1°); né d'un étranger, il serait étranger, à moins que la qualité de Français ne lui ait été acquise dans les conditions prévues par les articles 8-3° et 4°, et 9 du Code civil.

Mais sa filiation est incertaine; on ne sait rien de ses père et mère; on ignore leur nom et leur patrie. Dès lors, il est impossible de rattacher au *jus sanguinis* la détermination de la nationalité que l'enfant doit nécessairement avoir en venant au monde. A quelle présomption la demandera-t-on? Le Code de 1804 ne fournissait aucune indication à cet égard; et son silence avait donné lieu à une controverse assez vive entre les auteurs.

Les uns refusaient à l'enfant né en France de père et mère inconnus la nationalité française dès l'instant de sa naissance, et ne lui accordaient que le bénéfice de l'option consacrée par l'article 9. Le seul fait d'être né sur le sol français ne suffit plus, disait-on, à conférer le droit de cité; il faut de plus être né de parents français, et c'est à l'enfant à faire la preuve de son origine. Tant que cette preuve n'a pas été rapportée, — et dans le cas particulier elle ne peut pas l'être, — la présomption est qu'il est issu de parents étrangers, et par suite il ne deviendra Français qu'en se conformant aux prescriptions de l'article 9, au même titre que les individus nés en France de parents légalement certains.

Dans un autre système, on partait d'un point de vue tout opposé. L'enfant né sur notre territoire de parents inconnus doit être présumé Français jusqu'à preuve contraire. La grande majorité de ceux qui l'habitent sont eux-mêmes Français; il est donc très vraisemblable que l'enfant qui y est né a dû l'existence à des parents Français; et c'est à lui à prouver sa filiation étrangère, s'il veut se soustraire à la nationalité française.

Deux textes pouvaient être invoqués à l'appui de cette opinion. Un décret de la Convention nationale, en date du 4 juillet 1793, avait déclaré les *enfants trouvés* « enfants naturels de la patrie ». Et sa décision, qui aurait pu s'expliquer par l'influence du *jus soli,* encore dominante à l'époque où elle fut prise, avait passé dans le droit nouveau qui cependant procède du *jus sanguinis*, puisque le décret impérial du 19 janvier 1811 appelle, dans son article 19, les *enfants trouvés* au service militaire, et leur reconnaît ainsi d'une manière implicite la qualité de Français. Ces décrets, quoique relatifs aux enfants trouvés, fournissaient un argument *a fortiori* au deuxième système; il est incontestable en effet que pour les enfants seulement *trouvés* en France la présomption de filiation française est moins puissante que pour ceux qui y sont nés.

La loi du 26 juin 1889 s'est prononcée en faveur de ce deuxième système, qu'avait déjà consacré, avec plusieurs législations étrangères, la jurisprudence de la Cour de cassation. « Est Français, dit l'article 8-2°... tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue ».

Ainsi la nationalité française est acquise, à l'instant et par le fait de leur naissance sur notre territoire :

1° A l'enfant dont les parents n'ont pas voulu ou n'ont pas pu le reconnaître;

2° A l'enfant dont les parents, quoique connus, ne se rattachent à aucun État déterminé, et appartiennent à la catégorie des *heitmathlosen*.

Mais, dans un cas comme dans l'autre, cette attribution ne sera souvent que provisoire; elle ne survivra pas en effet à la reconnaissance opérée par un auteur étranger de l'enfant, pendant qu'il est encore mineur (C. civ., art. 8-1°, al. 2), soit au jugement constatant la véritable nationalité de son père.

TITRE IV

Conflits de nationalités d'origine.

Si l'acquisition de la nationalité d'origne était partout gouvernée par une règle unique et inflexible, par le *jus sanguinis*, ou par le *jus soli*, tout conflit deviendrait impossible. Dans le premier cas en effet, chaque État considérerait comme étranger l'enfant né sur son territoire de parents étrangers, et réciproquement revendiquerait sans contestation possible l'enfant né même à l'étranger d'un de ses nationaux. Dans le second cas, chaque État attribuerait le droit de cité à tout individu né sur son territoire d'un père étranger et reconnaîtrait en retour à l'enfant né en pays étranger d'un de ses citoyens la nationalité du lieu de sa naissance. Mais si l'uniformité des lois est désirable en cette matière, elle est bien loin d'être réalisée à cette heure. Quelques législations se rattachent, avec plus ou moins de tempéraments, au *jus sanguinis*, les autres au *jus soli;* et les combinaisons si nombreuses et si variées que ces deux principes y reçoivent aboutissent à des difficultés internationales d'autant plus délicates à résoudre que l'intéressé ne peut invoquer ici, conformément à la règle générale que nous poserons plus loin, la *loi nationale*, constitutive de son statut personnel, par cette bonne raison que c'est précisément sa nationalité qui est en suspens et qu'il s'agit de déterminer.

Deux hypothèses veulent être soigneusement distinguées : ou bien le conflit s'élève entre deux nationalités, dont l'une est celle des magistrats saisis du litige; ou bien il se produit sur le territoire d'une tierce Puissance.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Le conflit s'élève entre deux nationalités d'origine, dont l'une est celle des magistrats saisis du litige.*

Aucune hésitation n'est permise au juge : il doit appliquer à l'individu dont la condition juridique est débattue devant lui la loi du pays au nom duquel il rend la justice, et en conséquence, si cet individu, *même domicilié à l'étranger*, satisfait aux conditions auxquelles le législateur local a subordonné l'acquisition de la nationalité d'origine, le traiter comme un de ses nationaux. Les règles con-

cernant le droit de cité, les moyens de l'acquérir et de le perdre, touchent en effet à la vie même et aux intérêts les plus essentiels de l'État; elles sont d'*ordre public international* et ne sauraient être tenues en échec, à défaut d'une loi nationale incertaine, par la loi du domicile des parties.

Éclairons cette règle par quelques applications pratiques.

a) Un individu est né de parents français sur le territoire d'un État où règne exclusivement le *jus soli*, sur le territoire de Vénézuéla par exemple.

Les autorités administratives et judiciaires de cet État lui imposeront la nationalité du lieu de sa naissance et le soumettront en conséquence aux devoirs et aux charges auxquels sont assujettis les autres citoyens vénézuéliens.

Or l'article 8, § 1 du Code civil attribue la nationalité française à l'enfant né en pays étranger de parents français, et, avec cette nationalité, tous les droits, toutes les obligations dont elle est la source.

Les tribunaux français appelés à se prononcer sur la nationalité d'une personne née d'un père français sur le territoire de l'État de Vénézuéla ne tiendront aucun compte des lois qui y sont en vigueur et ne pourront appliquer que la loi française. Le même individu sera donc réclamé à la fois par deux patries : au Vénézuéla, il sera réputé Vénézuélien, par la vertu du *jus soli;* en France, il sera considéré comme Français, *jure sanguinis*, conformément à l'article 8, § 1 du Code civil.

b) Un individu naît en France d'un sujet allemand, puis, excipant de l'article 9 du Code civil français, il revendique, dans le délai indiqué par ce texte, la nationalité française, mais sans avoir pris la précaution de demander un permis d'émigration (*Entlassung*) aux autorités de son pays d'origine, ainsi que l'exige l'article 13-1° de la loi allemande du 1er juin 1870, pour tout changement de patrie. Cet individu conserve en Allemagne la nationalité allemande, tant qu'il n'en a pas été déchu par une décision gouvernementale (L. du 1er juin 1870, art. 13-2°); mais en France, il est Français, par l'effet de l'option qu'il a formulée; il a donc encore deux nationalités.

c) Même l'identité des législations ne sera pas toujours un obstacle au conflit et au cumul des nationalités. L'ancien article 9 du Code civil, jusqu'à 1889 commun à la France et à la Belgique, avait soulevé, il y a quelque vingt ans, dans les rapports des deux États, une difficulté sérieuse dont il est intéressant de rappeler l'origine et les circonstances.

Un sieur Carlier, né le 30 mai 1860 de parents français à Marchipont (Belgique), avait été, sans réclamation de sa part, inscrit sur le tableau du contingent français. Arrivé à sa majorité, il déclara, à la date du 2 juin 1881, opter pour la nationalité belge, conformément à l'article 9 du Code civil, et, se basant sur cette déclaration, il actionna le préfet du Nord devant le tribunal civil de Valenciennes, à l'effet d'obtenir la radiation de son nom des listes de recrutement. Son principal argument consistait à dire que, l'option opérée par lui devant rétroagir, en droit il n'avait jamais été Français et n'avait pu par suite être soumis à la loi militaire française; mais le tribunal civil de Valenciennes d'abord, par un jugement du 4 août 1881, la cour d'appel de Douai ensuite, par un arrêt du 14 décembre de la même année [1], condamnèrent sa prétention.

La doctrine de cet arrêt se justifie sans peine. L'article 9 invoqué par Carlier pour se soustraire à la loi militaire française était l'article 9 du Code civil *belge* et non celui du Code civil français, lequel ne disposait que pour les individus nés en France de parents étrangers et ne concernait nullement les individus nés hors de France de parents français. A ceux-ci l'article 10, § 1 de notre Code civil, aujourd'hui remplacé par l'article 8, § 1, était seul applicable, et les prescriptions de la loi belge, quelque analogie qu'elles présentent d'ailleurs avec celles de notre propre droit, ne pouvaient prévaloir contre ce texte, aux termes duquel « tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français ».

Il est vrai que, suivant l'article 17-1° du Code civil de 1804, la qualité de Français se perdait par la *naturalisation* acquise en pays étranger. Or l'option exprimée par Carlier dans l'année de sa majorité, et l'acquisition de nationalité qui en était résultée pour lui en Belgique, ne constituaient-elles pas une *naturalisation* et ne l'avaient-elles pas, en conséquence, dépouillé de la qualité de Français, et déchargé de ses devoirs nationaux, au regard de la loi française? Nous ne le croyons pas. Dans sa teneur première et même depuis les remaniements qu'il a subis en 1889 et en 1893, l'article 9 du Code civil n'organisait pas un système de *naturalisation* proprement dite; il se bornait à déterminer la nationalité d'origine des individus nés d'un père étranger sur le territoire français (*ou belge*). La naturalisation, au sens légal du mot, implique un acte souverain et discrétionnaire de la

[1] *Journ. du dr. int. pr.*, 1882, p. 416.

puissance publique qui introduit dans l'État un citoyen nouveau; or l'enfant né en Belgique de parents français arrive au droit de cité, par le seul bienfait de la loi, même contre le gré du Gouvernement qui est tenu de lui faire accueil. Dans tous les cas, une option postérieure à sa majorité ne saurait libérer l'optant des obligations qu'il a auparavant contractées envers la France, et le soustraire à la loi militaire qui l'a valablement saisi avec tous les jeunes gens de sa classe.

La convention franco-belge du 30 juillet 1891 a pratiquement résolu quelques-uns des conflits qui peuvent s'élever entre les deux législations en matière de nationalité d'origine. D'une part, cette convention affranchit de tout service militaire en Belgique, les enfants nés en France d'un Belge né lui-même dans notre pays; quant à ceux qui, d'après la loi belge ou la loi française, ont un droit d'option, on tient compte de cette situation provisoire, et on attend leur majorité. Ce n'est qu'un an après cette majorité, alors qu'ils ont vingt-deux ans, qu'on les inscrit d'office sur les listes du recrutement.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le conflit de nationalités d'origine se produit sur le territoire et devant les tribunaux d'une tierce Puissance.*

Un individu, né dans l'État de Vénézuéla d'un père italien, invoque en France certains avantages résultant des traités conclus entre la France et l'Italie. Sa prétention sera-t-elle admise? en d'autres termes sera-t-il réputé Vénézuélien, par application de la Constitution du Vénézuéla, qui est fondée sur le *jus soli,* ou bien nos tribunaux le traiteront-ils comme Italien, par application de la loi italienne, qui procède du *jus sanguinis?* La question est délicate ; il n'y a, semble-t-il, aucune raison pour donner la préférence à l'une ou à l'autre des législations en conflit; et d'autre part, l'*ordre public international* n'étant pas en jeu, puisqu'il importe peu à la France que l'étranger soit Vénézuélien ou Italien, le juge n'est pas tenu, comme dans l'hypothèse précédente, d'appliquer la loi française.

En pareil cas, on pourra recourir, dans une certaine mesure, au critérium subsidiaire que nous admettrons plus loin pour la détermination de la loi personnelle. Si donc l'individu dont la nationalité est douteuse a son domicile sur le territoire de l'un des États qui se le disputent, les juges français le considéreront comme appartenant

à ce dernier; en effet, en se fixant sur son sol, il a confirmé par un choix volontaire l'une des deux nationalités auxquelles l'avait appelé sa naissance, et par cela même affirmé l'intention de se soustraire à l'autre; la présomption de volonté sur laquelle repose l'attribution de celle-ci ne résiste pas à une manifestation aussi formelle.

Mais si la personne n'est domiciliée dans aucun des deux pays qui prétendent avoir des droits sur elle, si l'enfant né dans le Vénézuéla de parents italiens a son principal établissement en France, quelle nationalité sera réputée être la sienne, au regard de nos tribunaux? Il ne peut être question de le regarder comme Français. Le domicile n'est jamais attributif de nationalité; il ne sert, nous venons de le voir, qu'à corroborer une présomption résultant de l'origine, ou encore, à suppléer, dans les conflits d'intérêts privés, une loi nationale incertaine. Placé entre deux nationalités rivales, le juge devra se prononcer pour celle dont la détermination se rapproche le plus des règles admises par la loi française; dans l'espèce, c'est à la nationalité italienne, au *jus sanguinis*, qu'il donnera la préférence sur la nationalité vénézuélienne, sur le *jus soli*.

Étant donné le caractère d'*ordre public international* qui s'attache aux lois sur la nationalité, et qui oblige les tribunaux à tenir un compte exclusif de celles qui sont en vigueur dans leur pays, lorsqu'elles sont en conflit avec la législation d'un autre peuple, il arrive souvent, nous l'avons dit, que le même individu soit réclamé par deux patries différentes. N'est-ce pas là une situation éminemment regrettable?

La nationalité, comme le patriotisme, sans lequel elle serait la plus intolérable des servitudes, n'admet pas de partage; elle réclame du citoyen toute son activité, tout son dévouement; elle absorbe sa personnalité tout entière. Les droits et les obligations qu'elle engendre sont le plus souvent inconciliables et font obstacle à ce que le même individu puisse se dire à la fois citoyen de deux patries.

Prenons l'exemple du service militaire. Le même homme ne peut acquitter en même temps sa dette à deux États différents. Qu'une guerre vienne à éclater entre eux, sous les drapeaux duquel ira-t-il se ranger? Et s'il est vrai qu'il lui est impossible de remplir simultanément les devoirs dont il serait tenu envers deux pays, il n'est pas moins vrai qu'il ne saurait exercer parallèlement dans chacun d'eux des droits politiques contradictoires, et veiller à des intérêts diamétralement opposés. Peut-il se dédoubler au point d'invoquer ses pré-

rogatives de citoyen dans deux États distincts, au point d'être en même temps électeur, député, à Paris et à Londres? « On ne peut avoir deux patries, disait Proudhon, comme on ne peut avoir deux mères [1] ».

Comment prévenir un semblable cumul, et tarir les difficultés internationales dont il est la source? Le moyen le plus sûr de les rendre désormais impossibles serait de réunir un congrès ou une conférence, où seraient appelés à siéger les représentants de toutes les nations civilisées et où seraient jetées les bases d'une loi unique, dont les dispositions, soumises à l'acceptation des Puissances, consacreraient d'une manière absolue, soit le *jus sanguinis*, soit le *jus soli*, et attribueraient ainsi partout à toute personne une nationalité définie suivant les mêmes principes [2].

Mais, tant que les diverses législations ne seront pas arrivées sur ce point à l'unité, le conflit subsistera. Les inconvénients en seront sans doute atténués en France par la disposition nouvelle (C. civ., art. 17, § 1) qui permet à l'enfant né d'un Français en pays étranger de renoncer à la nationalité qu'il tient du *jus sanguinis*, pourvu qu'il ait acquis, par un acte volontaire, par une option semblable à celle qu'organise l'article 9 du Code civil, celle du pays où il est né. L'introduction de cette règle dans la loi française met l'État de l'optant majeur à l'abri de toute réclamation du côté de la France. Mais elle serait utilement complétée par des traités dans lesquels les Gouvernements étrangers s'engageraient, de leur côté, en échange de cette concession législative, à reconnaître, même en l'absence d'un permis d'émigration, la validité de l'option pour la nationalité française effectuée conformément à l'article 9 par l'enfant né sur notre territoire d'un de leurs nationaux.

[1] Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. I, p. 93.

[2] V. les résolutions votées, sur notre proposition, par l'Institut de droit international dans sa session de Venise, en 1896 (*Annuaire*, t. XV, p. 270).

CHAPITRE III

DU CHANGEMENT DE NATIONALITÉ

Sommaire.

I. Acquisition du droit de cité par la naturalisation.
Section *I.* Notions historiques.
Section *II.* De la naturalisation en France.
Appendice : De la naturalisation des descendants de Français émigrés pour cause de religion.
Section *III.* De la naturalisation en Algérie, dans les colonies françaises et dans les pays soumis à notre protectorat.
II. Perte de la nationalité française.
Section *I.* Par l'acquisition d'une nationalité étrangère ;
Section *II.* Par l'acceptation de fonctions publiques à l'étranger;
Section *III.* Par l'affiliation à une armée étrangère ;
Section *IV.* Par le commerce et la possession d'esclaves.
III. Influence du mariage sur la nationalité de la femme.
Section *I.* Mariage d'une femme étrangère avec un Français.
Section *II.* Mariage d'une femme française avec un étranger.
IV. Influence des annexions et cessions de territoire sur la nationalité des habitants.
Section *I.* Généralités.
Section *II.* Annexions et cessions de territoire antérieures à 1815.
Section *III.* Traités d'annexion ou de cession conclus par la France depuis 1815.
a) Annexion de la Savoie et du Comté de Nice à la France.
b) Annexion de Menton et de Roquebrune à la France.
c) Cession de l'Alsace-Lorraine à l'Empire allemand.
d) Annexion de l'île de Saint-Barthélemy à la France.
V. Recouvrement de la nationalité française.
Appendice : Des enfants du ci-devant Français.
VI. Conflits de lois.

La nationalité ne s'impose pas. Tout homme a le droit de vivre et de développer sans contrainte ses facultés physiques et intellec-

tuelles : comme conséquence de ce droit naturel, on doit lui permettre d'aller chercher, loin de sa patrie d'origine, fût-ce au prix d'un abandon définitif, les intérêts, les relations, les avantages de toute nature, que celle-ci lui refuse et qu'il considère comme indispensables à son existence. Mais il importe que l'acquisition d'une nationalité nouvelle, aussi bien que l'abdication qu'elle suppose, soit entourée de précautions et de garanties, destinées, les unes à mettre obstacle à l'admission d'un membre indigne dans la cité et à l'*heimathlosat*, les autres à ne laisser subsister aucun doute sur la volonté certaine et réfléchie de l'intéressé. Et c'est au législateur à y pourvoir par une réglementation sévère.

TITRE I

Acquisition du droit de cité par la naturalisation.

Considéré dans son étymologie, le mot *naturalisation* désigne le moyen quelconque par lequel un étranger arrive à être assimilé, quant aux droits et quant aux obligations, aux naturels du pays où il veut se fixer : « Naturaliser quelqu'un, dit Denisart, c'est le rendre capable de tous les effets civils comme le sont les originaires français[1] ». Suivant Merlin, « la naturalisation est l'acte par lequel un étranger obtient les mêmes droits et privilèges que s'il était né Français[2] ». En ce sens, l'option pour la nationalité française, autorisée par l'article 9 du Code civil, constituerait pour l'étranger né en France un mode de naturalisation.

Dans un sens moins général et plus précis, on définit la naturalisation l'admission d'un étranger au nombre des citoyens d'un État auquel il ne se rattache par aucun lien légal antérieur. L'étranger né sur le sol français ne devient pas Français par l'effet d'une naturalisation, puisque sa naissance parmi nous lui donne vocation à cette qualité; mais d'autre part la femme étrangère qui épouse un Français, et l'enfant né d'un père autrefois Français, qui invoque le bénéfice de l'article 10, doivent leur nationalité nouvelle à une naturalisation véritable.

Enfin, dans l'acception technique et spéciale qui prévaut aujourd'hui et qui paraît être celle de la loi française, *la naturalisation est*

[1] Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, v° *Naturalisation*.
[2] Merlin, *Répertoire*, v° *Naturalisation*, n° 1.

un acte souverain et discrétionnaire de la puissance publique, par laquelle une personne acquiert la qualité de national ou celle de citoyen dans l'État qu'elle représente.

La naturalisation reçoit, dans notre droit actuel, une réglementation sensiblement différente, suivant qu'elle est conférée sur le territoire de la métropole ou sur le territoire de l'Algérie et de quelques autres de nos possessions coloniales. Aussi est-il indispensable, après avoir étudié son histoire, de consacrer des explications séparées : 1° à la naturalisation en France; 2° à la naturalisation en Algérie, aux colonies et dans les pays soumis à notre protectorat.

SECTION I. — *Notions historiques.*

Ce n'est pas sans peine que le droit absolu qui appartient à toute personne capable de renoncer à sa patrie d'origine et d'acquérir une nationalité nouvelle s'est fait accepter par les législations du passé.

Grèce. — Lycurgue, craignant que la présence des étrangers sur le sol lacédémonien n'y apportât la dissolution des mœurs et l'abandon des vertus militaires, s'était attaché à leur interdire l'entrée de la République, avec le même soin qu'il entendait retenir à jamais ses sujets dans les liens du droit de cité. L'étranger ne pouvait obtenir la nationalité spartiate, et, à l'époque où écrivait Hérodote, cette prohibition rigoureuse n'avait encore reçu qu'une seule exception dans une circonstance célèbre. Un oracle ayant annoncé que le devin Tisamène serait vainqueur dans cinq combats, Sparte voulut, par l'appât d'une récompense, l'intéresser au succès de ses armes et l'attirer dans son armée. Pour prix de ses services, il réclama le droit de cité. Pareille prétention parut tout d'abord intolérable au peuple lacédémonien, et, n'eût été l'approche de l'ennemi, il l'eût repoussée avec hauteur; mais la nécessité fit loi; les prescriptions de Lycurgue furent violées et Tisamène devint citoyen [1].

Ce n'est pas seulement à Sparte que la naturalisation fut pendant longtemps à peu près inconnue. Si l'on en croit la tradition, le droit de cité, offert par les Corinthiens à Alexandre, n'avait été conféré avant lui qu'à Hercule [2].

[1] Hérodote, liv. IX, chap. 33.
[2] Plutarque, *Cœlius Rhodiginus*, XIX, 32.

Enfin, à Athènes, la loi de Solon subordonnait à plusieurs conditions l'acquisition du droit de cité. Seul, l'étranger qui s'était signalé par d'éminents services rendus à la République pouvait y aspirer, et l'appréciation de ces services était soumise au peuple, qui statuait par deux votes successifs, émis à neuf jours de distance, au scrutin secret, sur la candidature de l'étranger et sur son admission dans la cité. Lorsque six mille suffrages au moins s'étaient prononcés en sa faveur, le résultat du scrutin devait être soumis à l'approbation des Cinq-Cents, et le tribunal des Héliastes était toujours maître de réformer, comme illégal, le décret de naturalisation : c'est ce qui advint notamment pour Lysias. La naturalisation ne pouvait être accordée qu'à l'étranger qui avait transporté à Athènes le siège de ses intérêts et de sa famille, ou encouru dans son pays d'origine un bannissement perpétuel. Elle ne l'assimilait pas entièrement à l'Athénien de naissance, dont la condition demeurait supérieure à la sienne, au point de vue du droit de tester, de l'aptitude à l'archontat et à certaines fonctions sacerdotales. Cependant un séjour prolongé pendant trois générations sur le sol athénien effaçait ces dernières incapacités.

Peu à peu l'accroissement des relations commerciales d'Athènes avec les autres cités, coïncidant avec le relâchement des mœurs, vint faciliter dans une large mesure la naturalisation des étrangers. En vain Démosthène et Isocrate protestèrent-ils au nom du patriotisme humilié, contre l'admission de membres indignes dans la cité; on en vint à vendre une nationalité que des rois s'étaient vu refuser, et l'on trouva des acheteurs.

Droit romain. — A Rome, la législation primitive s'était montrée très avare du droit de cité. Néanmoins, en dehors des concessions, plus ou moins larges, accordées collectivement, soit à titre de faveur, soit dans un intérêt politique, à des cités tout entières, et dont la célèbre constitution d'Antonin Caracalla, déclarant citoyens tous les sujets de l'Empire, marque la dernière étape, les textes du droit romain nous présentent de nombreux cas de naturalisation individuelle.

Sans parler des esclaves, majeurs de trente ans, auxquels l'affranchissement régulier conférait le droit de cité *ipso jure*, et des pérégrins latins qui pouvaient l'acquérir par divers modes rapportés

et expliqués par Ulpien[1], un pérégrin pouvait arriver à la nationalité romaine de deux manières principales : soit *par un acte de l'autorité*, soit par le procédé connu sous le nom d'*erroris causæ probatio*.

1° *Par un acte de l'autorité.* — A l'origine, c'était le peuple tout entier réuni dans ses comices qui statuait sur l'admission du nouveau citoyen, proposé par le roi.

Plus tard, sous la République, la concession du droit de cité ne pouvait résulter que d'une *loi*, d'un *plébiscite*, d'un *sénatus-consulte*, ou d'un acte du magistrat que le sénat ou le peuple avait délégué à cet effet.

Enfin, à l'époque impériale, c'est la volonté du prince qui est toute puissante; elle seule peut conférer soit à un individu, soit à une cité tout entière, la plénitude du *jus civitatis;* c'est le *beneficium principale*. En principe, la naturalisation accordée par un acte de l'autorité est personnelle dans ses effets à celui qui l'obtient; ni sa femme, ni ses enfants n'en subissent le contre-coup, à moins d'une concession formelle.

2° Par l'*erroris causæ probatio*. — Lorsqu'à l'époque de son mariage, un citoyen Romain s'était trompé sur la nationalité de sa femme, qu'il croyait Romaine, et qui était pérégrine ou Latine, il pouvait, en prouvant son erreur devant l'autorité, acquérir le droit de cité pour sa femme et pour les enfants nés de son union, *erroris causæ probatione*.

Dans les derniers temps de la République et pendant la période impériale, le droit de cité perdit beaucoup de son ancienne valeur. Les empereurs le distribuaient au hasard de leurs caprices et quelques-uns ajoutaient, en le vendant, aux ressources de leur trésor. Des peuples entiers devenaient titulaires du *jus civitatis*, *beneficio principali;* et ainsi se trouvait préparée la fameuse Constitution de Caracalla qui, inspirée par des considérations exclusivement fiscales, étendit à tous les pérégrins sujets de l'Empire, le bénéfice du droit de cité.

Les Barbares. — Chez les Germains, l'individualisme qui faisait le fond de leurs coutumes avait conservé intact l'orgueil de la race. L'étranger, *Warganeus*, ne pouvait entrer dans la tribu, et bénéficier

[1] *Reg.*, III, 16.

de ses avantages que du consentement *unanime* de tous les membres qui la composaient, après une résidence continuée pendant douze mois dans son sein. Du jour de sa naturalisation, il était considéré comme faisant partie de l'association; mais le droit de porter les armes, celui de participer aux assemblées politiques des guerriers (*Mallum*) et aux votes publics, ne lui appartenaient qu'autant qu'ils avaient fait l'objet d'une concession spéciale : « *Arma sumere non ante cuique moris est, quam civitas suffecturum probaverit.* »

Ces principes survécurent pendant assez longtemps à l'invasion des tribus germaines sur le territoire de la Gaule. Mais, lorsque la fusion des races fut un fait accompli, lorsque l'autorité royale fut définitivement assise en France et reconnue par tous, un nouveau système de naturalisation se fit jour.

Ancien droit monarchique français. — On distinguait, dans l'ancien droit français, deux moyens d'acquérir le droit de cité, présentant ce caractère commun, que tous deux reposaient sur une concession gracieuse du souverain : 1° les *lettres de naturalité;* 2° les *lettres de déclaration.*

Lettres de naturalité. — Tout *aubain* — et ce nom rappelle les « droits barbares et insensés » dont notre ancienne législation frappait les étrangers — pouvait arriver à la nationalité française, en obtenant du roi des *lettres de naturalité*. Ces lettres de naturalité étaient *collectives* ou *individuelles.*

Elles étaient *collectives*, lorsqu'elles s'adressaient à la fois à tout un groupe de personnes : en 1550, les marchands juifs portugais, convertis à la religion chrétienne, furent déclarés régnicoles; en 1607, Henri IV attribua la même qualité aux aubains qui auraient travaillé dans les ateliers de tapisserie de Flandre; Louis XIV en fit autant pour ceux qui auraient été pendant dix ans employés à la manufacture des Gobelins, et ce bénéfice fut étendu par un arrêt du conseil de 1722 aux ouvriers en tapisserie de Beauvais; enfin, deux décisions royales, l'une de 1687, l'autre de 1715, avaient attribué, sous certaines conditions, la nationalité française à tout individu ayant servi pendant cinq ans dans la marine royale, ou pendant dix ans dans les armées de terre. Rappelons aussi que certaines villes, Bordeaux, Lyon, Toulouse, avaient obtenu pour tous les étrangers qui viendraient s'établir sur leur territoire la qualité de régnicoles : c'est un cas de naturalisation collective *in futurum.*

Pris isolément, l'étranger pouvait devenir Français en obtenant du roi des *lettres de naturalité* individuelles. Ces lettres, abandonnées au pouvoir discrétionnaire du roi, se refusaient rarement; en principe, elles n'étaient accordées qu'aux étrangers catholiques; mais cette condition n'était pas de rigueur : le financier Law, le maréchal de Saxe, le banquier genevois Necker et plusieurs autres étrangers de distinction, appartenant comme eux à la religion protestante, avaient facilement obtenu des dispenses.

Les *lettres de naturalité* étaient délivrées en grande Chancellerie et vérifiées à la Chambre des comptes, moyennant le versement d'une somme proportionnelle à la fortune de l'impétrant, qui était destinée à indemniser le roi de la perte de son *droit d'aubaine;* elles devaient être enregistrées au Parlement, en la Chambre des comptes et en la Chambre des domaines; plus tard même on les soumit à la formalité de l'*insinuation* au greffe du domicile de l'aubain et au greffe de la situation de ses biens (édit de décembre 1703; déclaration du 20 mars 1708; art. 10 du tarif du 21 septembre 1722); mais le Parlement décida, par un arrêt du 18 mars 1747, que cette dernière formalité n'était pas prescrite à peine de nullité.

L'aubain naturalisé doit résider sur le territoire français (ordonnance de Louis XII de 1498); l'interruption de sa résidence équivaut à une renonciation au bénéfice des *lettres de naturalité.* Ces lettres lui confèrent la jouissance des droits civils reconnus aux Français de naissance; il succède à ses parents nés et résidant sur le sol du royaume, et réciproquement sa succession, légitime ou testamentaire, peut être dévolue à toute personne, Française de naissance ou devenue telle par l'effet d'une naturalisation. De même l'étranger naturalisé devient apte à remplir les fonctions publiques, si ce n'est quelques hautes dignités ecclésiastiques.

Lettres de déclaration de naturalité. — A côté des *lettres de naturalité*, l'ancien droit nous présente les *lettres de déclaration*, dont le bénéfice pouvait être accordé à certains aubains privilégiés. C'étaient d'abord les individus originaires des pays sur lesquels la France avait conservé quelques prétentions d'allégeance, les Flamands, les Francs-Comtois, les habitants de la Savoie et du Milanais.

Pouvaient, en second lieu, obtenir des lettres de déclaration les Français qui, par une longue absence, semblaient avoir abdiqué leur nationalité et plus tard revenaient en France.

Deux différences importantes séparaient les *lettres de déclaration* des *lettres de naturalité proprement dites.*

1° Celles-ci étaient rigoureusement personnelles à celui qui les avait sollicitées et obtenues, tandis que le bénéfice des lettres de déclaration s'étendait même aux enfants du naturalisé.

2° Les lettres de naturalité, créant une situation nouvelle, ne produisaient leurs effets que dans l'avenir, tandis que les lettres de déclaration, marquant en quelque sorte la consécration d'un état antérieur, rétroagissaient comme le *postliminium* des Romains.

Droit intermédiaire. — La législation de la période qui s'étend de 1789 à 1804 nous fournit des textes nombreux relatifs à la naturalisation des étrangers.

La loi du 2 mai 1790, substituant au régime du bon plaisir la naturalisation de droit, dispose que « tous ceux qui, nés hors du royaume de parents étrangers, sont établis en France, seront réputés Français et admis, en prêtant le serment civique, à l'exercice des droits de citoyen actif, après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils ont en outre, ou acquis des immeubles, ou épousé une Française, ou formé un établissement de commerce, ou reçu dans quelque ville des lettres de bourgeoisie ». Ce texte établit une antithèse entre la qualité de Français et celle de citoyen : l'une est attribuée *de plein droit* à tout individu qui satisfait aux conditions de la loi de 1790; l'autre suppose une manifestation formelle de volonté, la prestation d'un serment.

La Constitution des 3-14 septembre 1791 reproduit dans ses traits généraux le système de la loi de 1790. Titre II, *article* 3 : « Ceux qui, nés hors du royaume de parents étrangers, résident en France, deviennent citoyens français après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils y ont en outre acquis des immeubles, ou épousé une Française, ou formé un établissement *d'agriculture* ou de commerce, et s'ils ont prêté le serment civique. »

La prestation du serment civique est ici de rigueur : on ne sépare pas la qualité de citoyen de la qualité de Français. Enfin, la Constitution de 1791 autorise, dans son article 4, titre II, le pouvoir législatif à dispenser, pour des considérations importantes, l'étranger candidat à la naturalisation, de toute condition autre que l'établissement de son domicile en France et la prestation du serment civique : c'est en vertu de cette faculté que la naturalisation a été accordée, par mesure

privilégiée, à des hommes tels que Bentham, Washington et Franklin.

La Constitution du 24 juin 1793 marque un nouveau pas en avant dans la voie où était entré le législateur de 1790. *Article 4* : « Tout étranger âgé de vingt et un ans accomplis qui, domicilié en France *depuis une année,* y vit de son travail, ou acquiert une propriété ou épouse une Française, ou adopte un enfant, ou nourrit un vieillard, tout étranger enfin qui sera jugé par le Corps législatif avoir bien mérité de l'humanité, est admis à l'exercice des droits de citoyen français. » Il nous paraît résulter de cette disposition que tout individu, remplissant les conditions qui s'y trouvent énoncées, est par cela même Français et citoyen, *qu'il le veuille ou non;* le serment civique n'est plus désormais nécessaire.

Les textes qui précèdent font donc échec, dans une mesure plus ou moins appréciable, à l'idée fondamentale sur laquelle nous avons fait reposer la théorie de la nationalité : l'idée de *contrat.* Ils ne tiennent pas suffisamment compte de la volonté de celui qu'ils font entrer dans la patrie française; ou plutôt ils voient dans la nationalité française un avantage si grand qu'il leur semble impossible qu'elle soit déclinée par un étranger peu respectueux.

Les Constitutions postérieures, éclairées par l'exagération même du système de 1793, marquent un retour aux véritables principes : retour timide, il est vrai, puisqu'elles se bornent à soumettre la naturalisation de l'étranger à l'accomplissement d'une condition nouvelle.

La Constitution du 5 fructidor an III exige, dans son article 10, que l'individu qui veut acquérir la nationalité française *fasse acte de volonté,* en déclarant après sa majorité son intention de se fixer en France, et qu'il l'y établisse effectivement pendant *sept ans,* à compter de cette déclaration.

Celle du 22 frimaire an VIII contient une disposition semblable : elle se contente de porter à *dix ans* la durée de la résidence exigée pour la naturalisation (art. 3).

La législation de l'an III et celle de l'an VIII réalisent donc un progrès réel sur le système qui avait prévalu dans les premières années de la Révolution. Si la naturalisation demeure un droit pour l'étranger qui en remplit les conditions, du moins est-elle subordonnée à une manifestation de sa volonté. La déclaration de domicile, confirmée par une longue résidence sur le territoire français, constitue en effet pour

l'étranger une présomption sérieuse qu'il entend renoncer à sa nationalité d'origine pour devenir Français. Peut-être eût-il mieux valu permettre à l'étranger de se soustraire à cette présomption, et remplacer par une déclaration formelle de ses intentions la volonté tacite que les dernières Constitutions républicaines ont cru pouvoir lui prêter? Ce sera l'œuvre du droit nouveau qui, revenant au système de notre ancien droit monarchique, substitue à la naturalisation *de droit* la concession *gracieuse* du droit de cité par la puissance publique.

SECTION II. — *De la naturalisation dans le droit français actuel.*

Le Code civil de 1804 ne contenant aucune disposition relative à la naturalisation des étrangers, le système de la Constitution de l'an VIII lui a survécu pendant plusieurs années; mais ses inconvénients éclataient à tous les yeux. Déclarer Français de plein droit tout étranger qui remplirait certaines conditions, c'était en effet ouvrir la patrie à des gens d'une moralité douteuse, et laisser le Gouvernement désarmé contre leur invasion.

Aussi la nécessité d'une intervention gouvernementale dans la naturalisation se trouve-t-elle affirmée dans divers textes, qui marquent le point de départ d'une réaction.

1° C'est d'abord l'avis du Conseil d'État des 18-20 prairial an XI, d'où il résulte que tout étranger désireux d'obtenir la qualité de Français doit se soumettre aux prescriptions de l'article 13 du Code civil, en obtenant du Gouvernement l'autorisation de fixer son domicile en France.

2° Puis vinrent deux sénatus-consultes, l'un du 26 vendémiaire an XI, l'autre du 19 février 1808, qui instituerent une sorte de naturalisation privilégiée au profit des étrangers « qui rendront ou qui auraient rendu des services importants à la République, qui apporteront dans son sein des talents, des inventions ou une industrie utile, ou qui formeraient de grands établissements », en permettant au Gouvernement de leur conférer la nationalité française, *après un an de domicile*, sur le rapport du ministre de l'Intérieur, le Conseil d'État entendu[1].

[1] Le sénatus-consulte de l'an XI avait limité à une période de cinq années l'exercice de la faculté qu'il reconnaissait au Gouvernement; celui de 1808 eut pour objet de la rendre permanente.

3° Enfin, le décret impérial du 17 mars 1809 revint au système des *lettres de naturalité* de l'ancien régime. Désormais il ne suffit plus, pour devenir Français, d'avoir déclaré son intention d'établir son domicile en France et d'y avoir en fait résidé pendant dix ans, conformément à la Constitution de l'an VIII; il faut de plus avoir obtenu des lettres de naturalisation délivrées par le Chef de l'État. La demande de l'intéressé doit être transmise par le maire de son domicile au préfet qui l'adresse, avec son avis, au ministre de la Justice.

Ce décret, modifié, complété par les lois nouvelles, est encore aujourd'hui la base de notre législation. De 1809 à 1889, il ne lui a été apporté qu'une seule dérogation.

Après la Révolution de 1848, le Gouvernement provisoire, fidèle aux vues humanitaires et cosmopolites qui avaient inspiré les actes de la première République, se préoccupa de faciliter aux étrangers l'accès de la nationalité française. Le décret des 28-31 mars 1848 autorise, à titre de mesure temporaire, le ministre de la Justice à accorder des lettres de naturalisation aux étrangers qui pourraient justifier : « 1° par actes officiels ou authentiques, qu'ils résident en France *depuis cinq ans au moins;* 2° par une attestation du maire de Paris ou du préfet de police, pour le département de la Seine, des commissaires du Gouvernement, pour les autres départements, qu'ils sont dignes sous tous les rapports d'être admis à jouir des droits de citoyen français ».

La décision du Gouvernement provisoire, en réduisant de moitié la durée du stage imposé par la Constitution de l'an VIII et maintenu par le décret de 1809, en rendant la naturalisation indépendante de toute déclaration préalable de domicile, amena, comme il était facile de le prévoir, une recrudescence formidable dans le nombre des demandes. En trois mois, près de 2.500 personnes étrangères furent admises à la nationalité française; il y avait là un abus, et pour en prévenir la prolongation, M. Bethmont, alors garde des Sceaux, n'hésita pas à suspendre, par un arrêté ministériel inséré au *Moniteur universel* du 29 juin 1848, l'exercice de la faculté que lui avait attribuée le décret du 28 mars précédent, jusqu'au vote d'une loi sur la naturalisation.

On retomba ainsi provisoirement sous l'empire des dispositions combinées de la Constitution de l'an VIII et du décret de 1809. Mais ce n'était pas pour longtemps, car le 1er août 1849, une proposition de loi *sur la naturalisation et sur le séjour des étrangers en France* était

déposée par MM. de Vatimesnil et Lefèvre-Duruflé sur le bureau de l'Assemblée nationale; et à la suite d'intéressants débats, la loi des 3-11 décembre 1849 venait régler d'une manière définitive le régime de la naturalisation, sans s'écarter sensiblement d'ailleurs du système consacré par le décret de 1809. La loi du 29 juin 1867, et plus récemment celle du 26 juin 1889, qui a fait place dans le Code civil aux règles concernant la naturalisation des étrangers, se sont inspirées des mêmes idées.

Le nouvel article 8-5° du Code civil est ainsi conçu : « Sont Français... les étrangers naturalisés.

Peuvent être naturalisés :

1° Les étrangers qui ont obtenu l'autorisation de fixer leur domicile en France, conformément à l'article 13 ci-dessous, après trois ans de domicile en France, à dater de l'enregistrement de leur demande au ministère de la Justice ;

2° Les étrangers qui peuvent justifier d'une résidence non interrompue pendant dix années ;

Est assimilé à la résidence en France le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le Gouvernement français.

3° Les étrangers admis à fixer leur domicile en France après un an, s'ils ont rendu des services importants à la France, s'ils y ont apporté des talents distingués, ou s'ils y ont introduit soit une industrie, soit des inventions utiles, ou s'ils ont créé soit des établissements industriels ou autres, soit des exploitations agricoles, ou s'ils ont été attachés, à un titre quelconque, au service militaire dans les colonies et les protectorats français;

4° L'étranger qui a épousé une Française, aussi après une année de domicile autorisé.

Il est statué par décret sur la demande de naturalisation, après une enquête sur la moralité de l'étranger ».

Prenant ce texte comme point de départ, nous étudierons :

1° Les conditions auxquelles la naturalisation est soumise dans le droit français actuel;

2° Sa procédure ;

3° Ses effets.

1° *Conditions de la naturalisation.*

Tout individu qui sollicite du Gouvernement français un décret de

naturalisation doit en principe satisfaire à trois conditions : *a*) être capable de changer de patrie; *b*) avoir obtenu l'autorisation de fixer son domicile en France; *c*) avoir résidé sur le territoire français pendant un certain laps de temps.

a) Première condition.

Pour être admis à la nationalité française, l'étranger doit être capable de changer de patrie.

Les lois de 1849 et de 1867 avaient fixé à vingt et un ans révolus, l'âge à compter duquel l'étranger pouvait obtenir la naturalisation en France; il devait donc être majeur selon la loi française.

Cette condition d'âge, maintenue par le Conseil d'État, dans son projet, et par le Sénat lui-même, dans sa première délibération, méconnaissait ouvertement la règle internationale qui soumet en tous lieux l'état et la capacité des personnes à la loi de leur origine (C. civ., art. 3, § 3); et cet oubli était d'autant plus inexplicable qu'il ne se retrouve pas dans les lois qui régissent les pays voisins de la France, aussi jaloux à coup sûr que notre patrie peut l'être de leur autonomie législative et de leurs droits souverains.

Sans doute le législateur français est en droit d'exiger que le candidat à la naturalisation satisfasse aux conditions de capacité qu'il lui a plu d'établir; mais ses exigences se limitent naturellement à l'acquisition de la nationalité française; quant à la dénationalisation qui l'accompagne ou qui la précède, et sans laquelle elle serait toujours relative et précaire, c'est à la loi personnelle de l'étranger qu'il appartient, et qu'il appartient exclusivement de la réglementer; et ce n'est qu'au prix de conflits sans nombre, d'empiètements sur le domaine réservé des autres souverainetés, qu'on pourrait lui en contester le droit. M. Batbie l'avait bien compris, lorsque dans sa proposition de loi sur la nationalité, il demandait que « la naturalisation ne pût être accordée qu'*à la majorité du demandeur, telle qu'elle est fixée par son statut personnel* ». Et le Parlement semble s'être associé à ces vues, lors de la discussion de la loi de 1889.

Le nouvel article 8-5° du Code civil, dans lequel se trouvent formulées les conditions auxquelles sera désormais subordonnée la naturalisation des étrangers en France, ne fait à la vérité aucune mention de l'âge dont ils devront justifier. Mais son silence, rapproché de la règle écrite dans les textes antérieurs, doit être interprété dans le sens d'un retour aux principes généraux du droit international

privé, formellement rappelés dans le texte adopté par le Sénat; le décret du 13 août 1889, auquel le garde des Sceaux avait annoncé l'intention de renvoyer la solution de ce problème, ne fait rien pour l'éclaircir[1].

En vain prétendrait-on tirer argument, en faveur de l'application exclusive de la loi française, de la solution *expressément* admise par le législateur de 1889, pour l'exercice du droit d'option qu'il reconnaît aux individus nés en France d'un père étranger, et dont l'ouverture se trouve placée précisément à l'époque où ils atteignent leur vingt-deuxième année (C. civ., art. 8-4°, et 9).

Le fils d'étranger, qui est né parmi nous et qui a son domicile en France au jour de sa majorité, est en effet Français sous condition résolutoire (C. civ., art. 8-4°); sa loi personnelle est donc, *pendente conditione*, la loi française; dès lors il est naturel qu'elle seule mesure sa capacité.

D'autre part, il ne s'agit pas, dans l'hypothèse prévue à l'article 9, nous ne pouvons que le répéter, d'une *naturalisation* proprement dite. L'individu dont ce texte règle la condition a puisé dans sa naissance sur la terre française une vocation éventuelle à la qualité de Français, *jure soli;* aussi a-t-on cru pouvoir, sous l'influence des diverses considérations dont nous avous déjà ci-dessus apprécié la valeur, le soumettre, dès l'instant même de l'option qu'il formule pour la France, aux prescriptions de la loi française, qui va devenir la sienne. Mais cette dérogation au principe que consacre l'article 3, § 3 du Code civil doit, comme toute dérogation au droit commun, être restreinte aux cas directement spécifiés par la loi; il n'est pas permis de l'étendre par analogie à des situations tout à fait différentes.

Une raison semblable nous conduit à décider que le *mineur* ne peut se prévaloir, en vue d'obtenir la nationalité française par voie de naturalisation, des facilités que l'article 9, § 2, a faites au mineur né de parents étrangers sur notre territoire. Le principe est que tout changement de nationalité suppose le consentement *personnel* de l'intéressé. Or le mineur est incapable de fournir par lui-même un tel consentement à sa naturalisation. Son incapacité d'acquérir une patrie nouvelle est la règle; l'article 9, § 2 du Code civil l'en a relevé, ou tout au moins en a atténué les effets, dans une hypothèse particuliè-

[1] V. cependant le décret du 29 juillet 1887, sur la naturalisation en Annam et au Tonkin et le décret du 28 février 1899 sur la naturalisation en Tunisie, ci-après.

rement favorable, en permettant à ses représentants légaux de substituer, dans son intérêt, leur propre volonté à celle qu'il ne peut valablement exprimer lui-même; mais, en dehors de cette exception unique, l'incapacité du mineur demeure tout entière et n'admet pas de tempérament.

Si la loi de 1889 est restée muette en ce qui concerne l'incapacité résultant de l'âge, elle ne s'occupe pas davantage des autres incapacités qui lui sont ordinairement assimilées (C. civ., art. 1124); elle ne dit rien de l'interdit, rien de la femme mariée. Aussi convient-il de s'en référer purement et simplement, ici encore, au droit commun de l'article 3, § 3 du Code civil, et de tenir compte de la loi étrangère dont le postulant relève encore.

Cette loi autorise-t-elle l'individu dont l'interdiction a été régulièrement prononcée à raison d'une infériorité intellectuelle, à faire choix d'une patrie, rien n'empêchera le Gouvernement français de lui accorder des lettres de naturalisation. Mais il usera rarement de cette faculté, tout au moins si la demande n'a pas été formée dans un intervalle lucide. En effet, l'acquisition de la nationalité française exige une volonté personnelle et certaine de la part de celui qui la sollicite. D'autre part, ne serait-ce pas compromettre le prestige du droit de cité, que de le concéder à un insensé, incapable d'en comprendre et d'en pratiquer les devoirs.

De même, c'est à la loi étrangère qu'il appartiendra de dire si l'autorisation du mari ou de justice est nécessaire à la femme mariée, fût-elle séparée de corps, qui demande à être naturalisée française[1].

Enfin, toute disposition de cette loi, qui soumettrait, comme en Turquie, la dénationalisation d'un sujet à la formalité irritante d'une autorisation préalablement donnée par son Gouvernement, devrait être, ce nous semble, respectée par la France. L'absence d'autorisation constitue l'étranger incapable au regard de sa loi nationale et doit ainsi faire obstacle à sa naturalisation sur notre territoire.

b) Deuxième condition.

L'étranger doit avoir obtenu du Gouvernement français l'autorisation de fixer son domicile en France (C. civ., art. 8, § 5-1°, et 13).

Cette condition n'est pas nouvelle dans notre droit.

Nous avons vu qu'un avis du Conseil d'État, en date du 20 prairial

[1] Le tribunal civil de la Seine a jugé, le 12 mars 1902, que c'est au tribunal français qu'il incombe, en pareil cas, de donner l'autorisation nécessaire (*Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 621). Cf. *ibid.*, p. 547.

an XI, l'avait imposée à tout étranger qui voudrait s'établir en France; mais cet avis n'ayant pas été inséré au *Bulletin des Lois*[1], la pratique s'était toujours refusée à le regarder comme rigoureusement obligatoire, et l'on avait admis que le stage de dix ans, alors prescrit pour la naturalisation par la Constitution de l'an VIII, courrait indifféremment, soit de la déclaration de volonté exigée par cette Constitution, soit de l'admission à domicile.

La loi de 1849 avait renoncé à cette alternative et décidé, dans son article 1er, que les dix ans de séjour, nécessaires à la naturalisation d'un étranger en France, ne prendraient date que du jour où il aurait obtenu du Gouvernement français l'autorisation d'y fixer son domicle, conformément à l'article 13 du Code civil. Et la loi du 29 juin 1867, tout en réduisant à trois ans la durée du stage, et en le faisant courir du jour de l'enregistrement de la demande au ministère de la Justice, avait maintenu cette exigence; elle se trouve également, sauf dans un cas exceptionnel, consacrée par la législation nouvelle.

Les formalités que l'étranger doit remplir pour être admis à établir son domicile sur le sol français sont déterminées par l'article 1er du décret du 13 août 1889, qu'est venue expliquer et développer, au mois d'octobre suivant, une note publiée par la direction des Affaires civiles et du Sceau au ministère de la Justice.

Toute demande d'admission à domicile doit être adressée sur papier timbré, au ministère, où elle est aussitôt enregistrée sous un numéro distinct, et être accompagnée de l'acte de naissance du postulant, de celui de son père, de la traduction de ces actes s'ils sont en langue étrangère, et d'un extrait du casier judiciaire français.

Elle doit contenir l'engagement d'acquitter les droits de sceau s'élevant à la somme de 175 fr. 25; et la note ministérielle prend soin de dire que, l'admission à domicile, ainsi d'ailleurs que la naturalisation dont elle est le prélude, étant des mesures prises exclusivement dans l'intérêt personnel des étrangers qui les obtiennent, la remise partielle des droits ne peut jamais être accordée qu'aux postulants qui ont des titres à cette faveur, et qui justifient de l'impossibilité d'acquitter les droits entiers; la remise totale n'est accordée qu'à titre exceptionnel, en considération notamment de services publics, ou d'actes de courage et de dévouement, de distinction acquise dans les arts, les sciences ou les lettres.

[1] Décision du ministre de la Justice du 16 février 1825 et du 14 août 1830.

La demande une fois régulièrement introduite, il est procédé à une enquête administrative à Paris par le préfet de police, ailleurs par le préfet du département. Cette enquête porte sur la moralité, sur les moyens d'existence du postulant, sur le temps qu'il a passé en France, sur sa situation militaire, sa famille, son attitude politique, ses sentiments à l'égard de notre pays; et c'est au vu des résultats de cette enquête que le ministre de la Justice propose au Chef de l'État, s'il y a lieu, d'autoriser par décret l'étranger à fixer son domicile en France, et à y jouir en conséquence de tous les droits civils. L'autorisation ainsi accordée ne produit ses effets que dans l'avenir; elle peut toujours être retirée par décret rendu sur l'avis du Conseil d'État (L. du 3 décembre 1849, art. 3).

Il n'est pas nécessaire, croyons-nous, que l'étranger qui sollicite son admission à domicile soit majeur. La loi du 29 juin 1867 contenait, il est vrai, dans son article 1er, une règle différente; mais la loi de 1889 ne l'a pas reproduite et les travaux préparatoires marquent chez ses rédacteurs l'intention formelle de la répudier : Et cette solution n'a rien qui puisse choquer ou surprendre. Il ne s'agit pas, en effet, d'autoriser un incapable à changer de patrie, mais uniquement de le mettre à même d'obtenir ce changement le jour où sa capacité sera entière, de faciliter, par une mesure préliminaire, la naturalisation qui lui sera conférée plus tard. Refuser d'admettre le mineur à domicile ce serait, dans la plupart des cas, retarder jusqu'à la fin de sa vingt-quatrième année, son accession à la patrie française. Est-il raisonnable de prêter une telle pensée à la loi de 1889, alors que l'on est précisément en droit de lui reprocher d'avoir trop souvent permis à des mineurs de renoncer à la nationalité qu'ils doivent à leur naissance?

Il semble toutefois qu'une demande d'admission à domicile ne puisse être valablement formée par un mineur, que s'il a qualité pour acquérir un domicile en France; par exemple si son père ou son tuteur est lui-même domicilié parmi nous, ou s'il a été dûment émancipé; sa loi personnelle devra être consultée à cet égard. Et dans tous les cas l'autorisation ne lui sera accordée par le Gouvernement français que s'il se trouve dans les *cinq ans* qui précèdent sa majorité. Nous verrons, en effet, que cette autorisation se périme par cinq ans; or l'expiration de ce délai, au cours de la minorité de l'étranger admis à domicile, enlèverait à la mesure dont il a bénéficié la seule utilité que lui reconnaisse la loi nouvelle : celle de préparer la naturalisation.

De son côté, la femme mariée étrangère pourra être autorisée à fixer son domicile en France, en se conformant aux conditions de capacité exigées par sa loi personnelle pour tout changement de domicile. Le plus souvent, le consentement de son mari ou de justice sera nécessaire; mais la séparation de corps, en faisant cesser le devoir de cohabitation entre les époux, rendra presque toujours ce consentement inutile.

L'admission à domicile obtenue par un chef de famille lui est personnelle; et ses effets ne s'étendent de son vivant ni à sa femme ni à ses enfants. Cette solution, déjà professée sous l'empire de l'ancien article 13 du Code civil par un assez grand nombre d'auteurs, est commandée aujourd'hui par un texte formel : le § 3 de l'article 13 nouveau, qui s'exprime ainsi : « En cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret d'autorisation ». Cela revient à dire que l'effet collectif de l'admission à domicile est subordonné au prédécès du mari ou du père, que c'est alors seulement que la femme et les enfants mineurs ont droit à s'en prévaloir. Tant que le chef de la famille vit, ceux-ci sont dans la situation d'étrangers ordinaires. Peu leur importe d'ailleurs, puisqu'ils seront associés, l'une si elle en manifeste le désir, les autres de plein droit, à la naturalisation qui lui sera conférée, et cela en dehors de toute admission à domicile individuelle!

L'effet de l'admission à domicile se limite aux cinq années qui la suivent : « il cessera, dit l'article 13, § 2, à l'expiration de cinq années, si l'étranger ne demande pas la naturalisation ou si la demande est rejetée ».

Le législateur a voulu marquer par là sa volonté d'établir entre l'admission à domicile et la naturalisation une solidarité étroite. Cinq ans sont un délai suffisant, pour que l'étranger puisse prendre parti en connaissance de cause. S'il s'abstient de demander la nationalité française ou s'il est jugé indigne de la recevoir, il n'y a aucune raison, semble-t-il, pour lui conserver indéfiniment la jouissance des droits civils; au contraire, il est du devoir de la loi de déconcerter les calculs de ceux, trop nombreux jusqu'ici, qui veulent avoir les avantages de la qualité de Français, sans en accepter les charges.

L'admission à domicile n'est pas toujours de rigueur pour les candidats à la naturalisation.

« Peuvent être naturalisés, porte le nouvel article 8, § 5 du Code civil... 2° les étrangers qui peuvent justifier d'une résidence non interrompue *pendant dix années*. Est assimilé à la résidence en France le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le Gouvernement français ».

Dix ans de résidence non interrompue équivalent donc aujourd'hui au point de vue de la naturalisation, à trois ans de domicile autorisé. Et les étrangers investis hors de France de fonctions publiques pour le compte de notre Gouvernement, par exemple ceux de nos agents consulaires qui sont de nationalité étrangère, sont considérés comme résidant sur le territoire français; ils peuvent donc acquérir la qualité de Français sans avoir jamais *en fait* séjourné au milieu de nous. Cette faveur est la récompense des services qu'ils rendent journellement à la France, dans l'accomplissement du mandat qu'ils en ont reçu; en son absence, leur dévouement même serait pour eux une cause d'exclusion, puisque l'impossibilité où ils se trouvent de fixer leur domicile en France mettrait obstacle à leur naturalisation.

La résidence, même accomplie en temps de minorité, est utile à la naturalisation, pourvu que l'étranger soit capable au jour où celle-ci lui est accordée. Il faut en dire autant de la résidence prolongée pendant dix ans sur le sol français par un étranger qui, admis à domicile, a laissé périmer les effets de cette admission. Le peu d'empressement qu'il a montré à demander la nationalité française trouve une punition suffisante dans le stage supplémentaire de sept années qui lui est imposé. C'est l'admission à domicile, et non pas la faculté d'obtenir la naturalisation que la loi frappe de déchéance (C. civ., art. 13), et les déchéances ne se suppléent pas. D'ailleurs le Gouvernement est toujours libre, s'il estime que la négligence dont l'étranger a fait preuve le rend indigne de devenir Français, de refuser d'accueillir sa demande en naturalisation; le pouvoir discrétionnaire qui lui appartient préviendra tout abus.

Laissons maintenant l'exception écrite dans l'article 8, § 5-2°, pour revenir à la règle.

c) Troisième condition.

L'étranger, admis à domicile, doit avoir résidé en France pendant un certain laps de temps.

La loi des 3-11 décembre 1849, à l'exemple de la Constitution de l'an VIII, subordonnait la naturalisation à une résidence continuée pendant *dix ans* sur le territoire français. Ce stage était bien long et

de nature à rebuter l'étranger qui avait quelque désir d'appartenir à la France. Aussi le sénatus-consulte de 1865 *sur la naturalisation en Algérie,* préoccupé des intérêts de la colonisation, l'avait-il déjà réduit à trois ans pour les étrangers, habitant le sol africain, et la loi du 29 juin 1867 (art. 1er) n'avait fait qu'étendre le bénéfice de ce sénatus-consulte à la métropole, en disposant que dans tous les cas la résidence exigée pour la naturalisation serait de *trois ans :* tel est aussi le délai prescrit par la loi de 1889 (C. civ., art. 8, § 5-1°).

Le stage de trois années forme donc le droit commun de la naturalisation en France; mais il n'est pas imposé aux étrangers « qui ont rendu des services importants à la France, qui ont apporté des talents distingués, ou y ont introduit soit une industrie, soit des inventions utiles, ou qui ont créé soit des établissements industriels ou autres, soit des exploitations agricoles, ou qui ont été attachés, à un titre quelconque, au service militaire dans les colonies et les protectorats français » (C. civ., art. 8, § 5-3°). *Un an* après son admission à domicile, l'étranger, qui se trouve dans l'un des cas qui viennent d'être énumérés, peut obtenir le bienfait de la naturalisation.

La disposition de l'article 8, § 5-3°, ne diffère pas sensiblement de celle de l'article 2 de la loi du 29 juin 1867, qu'elle remplace. Notons cependant qu'à la différence de ce dernier, elle favorise l'étranger qui a servi à un titre quelconque sous nos drapeaux, soit dans les colonies françaises, soit dans les pays de protectorat; et que, d'autre part, elle n'exige plus la création de *grands* établissements industriels ou de *grandes* exploitations agricoles.

D'autre part, le texte nouveau se sépare de la législation appliquée jusqu'ici, lorsqu'il abrège aussi la résidence habituellement requise, en faveur de l'étranger qui a épousé une femme française. Bien que cette dernière soit réputée renoncer, par le fait même de son mariage, à sa patrie d'origine (C. civ., art. 19), elle ne cesse pas pour cela de l'aimer, et tout porte à croire que l'influence légitime qu'elle saura prendre sur l'esprit de son mari s'exercera dans un sens favorable à la France, vers laquelle celui-ci se trouvera incessamment attiré d'autre part, soit par sa nouvelle famille, soit par l'administration des intérêts matériels dont sa femme lui confie le dépôt. Il est donc juste et conforme à ses sentiments présumés, de réduire pour lui la durée du stage ordinaire, et de l'admettre à la nationalité française, un an après qu'il aura été autorisé à se fixer sur notre territoire. L'insertion d'une pareille dispense dans la loi ne présente aucun danger, puis-

qu'il est toujours loisible à l'État de répondre par une fin de non recevoir à la demande de naturalisation formée par l'étranger, dans le cas où les résultats de l'enquête préalable lui auraient été contraires.

Rappelons enfin, à titre rétrospectif, que la condition de stage avait été complètement supprimée en faveur des étrangers qui avaient pris part, dans les rangs de l'armée française, à la guerre franco-allemande de 1870-1871.

Encore que, par suite d'une inadvertance de rédaction, la loi ne le dise pas en termes formels pour la naturalisation de l'étranger *préalablement admis à domicile*, il ne nous paraît pas douteux que les services que ce dernier a rendus à la France dans une fonction publique en pays étranger doivent être assimilés à un séjour effectif sur notre territoire. La loi de 1867 le décidait déjà ainsi; et la disposition finale introduite dans l'article 8, § 5, 2° du Code civil prouve bien que celle de 1889 n'a pas entendu renoncer à cette règle de faveur.

Mais, quelle que soit la nature ou la durée de la résidence exigée pour la naturalisation, son point de départ n'est plus, comme dans la législation de 1849, la date de l'admission à domicile, c'est-à-dire celle du décret qui l'a accordée. « Les trois années courront, disait déjà l'article 1er, § 2, de la loi de 1867, à partir du jour où la demande d'autorisation aura été enregistrée au ministère de la Justice »; et la loi nouvelle (C. civ., art. 8, § 5-1°) a conservé cette rétroactivité, très favorable à l'étranger, puisque, grâce à elle, il échappe aux conséquences de lenteurs qui ne lui sont pas imputables.

2° *Procédure de la naturalisation.*

L'étranger satisfait aux conditions qui viennent d'être exprimées. Capable de changer de patrie, ou bien il a été admis à domicile et a résidé sur le sol français pendant le temps exigé par la loi, ou bien il y a séjourné pendant dix ans, en dehors de toute autorisation gouvernementale. C'est la première phase, la phase préliminaire de la naturalisation : l'étranger est encore étranger. Pour cesser de l'être, il devra se conformer aux règles tracées par les articles 2 et suivants du décret du 13 août 1889.

Article 2 : « L'étranger qui veut obtenir la naturalisation doit, dans tous les cas, adresser au ministre de la Justice une demande sur papier timbré, en y joignant son acte de naissance, un extrait du

casier judiciaire, et, le cas échéant, son acte de mariage et les actes de naissance de ses enfants mineurs, avec la traduction de ces actes, s'ils sont en langue étrangère. Dans le cas où les intéressés seraient dans l'impossibilité de se procurer les actes de l'état civil dont la production est exigée, ces actes seront suppléés par un acte de notoriété délivré par le juge de paix dans la forme prescrite par l'article 71 du Code civil. »

Article 3 : « L'étranger qui épouse une Française doit, s'il veut obtenir la naturalisation après une année de domicile autorisé, produire l'acte de naissance de sa femme et l'acte de naissance du père de celle-ci, si cet acte est nécessaire pour établir son origine française. »

Article 4 : « L'étranger qui sollicite la naturalisation immédiate, après une résidence non interrompue pendant dix ans, doit joindre à sa demande les documents établissant qu'il réside actuellement en France et depuis dix années au moins. » Toutes pièces officielles ou ayant date certaine pourront être produites à cet effet, telles que baux, quittances de loyer, patentes, livrets d'ouvrier, certificats de patrons ou de propriétaires légalisés.

Dans tous les cas, la requête à fin de naturalisation doit contenir soumission de payer un droit de chancellerie de 175 fr. 25, indépendant de celui qui a déjà été acquitté pour l'admission à domicile, ce qui porte à 350 fr. 50 l'ensemble des frais que la naturalisation occasionne, sauf remise.

Le Gouvernement saisi procède à une nouvelle enquête sur les mœurs et sur la situation du postulant; et, cette enquête terminée, le Président de la République statue par un décret, qui doit être inséré au *Bulletin des Lois*, et dont une ampliation est transmise à l'intéressé par la voie administrative, c'est-à-dire par le préfet et par le maire de sa résidence.

Le décret qui accorde la naturalisation doit être notifié à l'intéressé, auquel ampliation en est remise; il est, à peine de nullité, inséré au *Bulletin des Lois* [1]. Cette insertion fournit à l'étranger naturalisé un moyen très simple de justifier de sa qualité nouvelle; il n'a plus besoin, comme sous la monarchie ancienne et restaurée, de produire l'original des lettres patentes conférées par le roi; la représen-

[1] Cass., 16 juillet 1894 (Sirey, 1894. 1. 457).

tation du numéro du *Bulletin des Lois* où le décret a été inséré suffit à prouver qu'il est devenu Français.

3° *Effets de la naturalisation.*

Quelle sera la situation de l'étranger naturalisé, au regard de la loi française?

Naturalisation veut dire assimilation de l'étranger au national : il semble donc que tous les droits, toutes les prérogatives auxquels celui-ci peut prétendre, doivent désormais appartenir à celui-là, que leurs obligations doivent être identiques.

Qu'il en soit ainsi pour les facultés et les obligations qui se rattachent au *droit privé*, personne ne le conteste. L'étranger qui a bénéficié d'un décret de naturalisation est admis à la jouissance de tous les *droits civils*, et nous verrons plus loin ce qu'il faut entendre par là. Droits de famille et droits patrimoniaux lui sont également accessibles; les tribunaux français lui feront justice, au même titre et sous les mêmes conditions qu'aux nationaux d'origine eux-mêmes.

Remarquons-le d'ailleurs. La jouissance des droits civils aura souvent précédé pour l'étranger le décret de naturalisation, puisque l'article 13 du Code civil la fait résulter de l'*admission à domicile*, qui en est le prélude ordinaire; et l'étranger devenu Français après dix ans d'une résidence non autorisée (C. civ., art, 8, § 5-2°), trouvera seul dans sa naturalisation un supplément de capacité civile. Mais à l'avenir, et quels que soient les droits privés dont l'étranger naturalisé ait été antérieurement investi, c'est par la loi française que ces droits seront déterminés dans leur étendue; c'est cette loi qui remplacera pour lui le statut personnel qu'il tenait de son origine.

Quant aux droits d'ordre politique, c'est-à-dire ceux qui impliquent une participation plus ou moins directe à l'exercice de la souveraineté et à la direction des affaires publiques, la législation nouvelle ne les accorde pas tous sans discernement et *de plano* à l'étranger que la naturalisation a rendu Français. Si l'électorat lui est aussitôt conféré, la concession de la nationalité française n'emporte plus par elle-même, dès la première heure, comme sous l'empire de la loi de 1867, le droit de siéger dans nos Assemblées législatives. Ce droit n'est acquis à l'étranger que *dix ans* après le décret qui l'a admis au nombre des citoyens français; mais ce délai peut être réduit à un an par une loi spéciale.

« L'étranger naturalisé, dit l'article 3 de la loi du 26 juin 1889,

jouit de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de citoyen français. *Néanmoins il n'est éligible aux Assemblées législatives que dix ans après le décret de naturalisation, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai.*

Cette restriction momentanée, apportée à la capacité politique de l'étranger naturalisé Français, n'a rien que de très légitime. Le législateur de 1889, prenant exemple sur les institutions de l'Angleterre, de la Belgique, des États-Unis d'Amérique, de la Hongrie, de l'Italie, du Portugal et de la République argentine, a considéré avec infiniment de raison, qu'il y aurait imprudence à ouvrir à des étrangers d'hier, dont l'attachement à la France est de fraîche date, le Parlement où sont discutés et résolus les plus graves intérêts de la patrie, en contradiction manifeste peut-être avec ceux de l'État auquel ils ont appartenu jusque-là. Le stage de dix ans qu'il leur impose, à moins d'une dispense qu'il se réserve d'accorder lui-même, éprouvera leur patriotisme.

Si l'étranger naturalisé Français a désormais part, sauf l'exception temporaire que nous venons de signaler, à tous les avantages compris dans cette qualité nouvelle, la justice veut qu'il n'en puisse pas non plus décliner les charges, notamment celle du service militaire.

Aux termes de l'article 12 de la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement, « les individus devenus Français *par voie de naturalisation* . . . . . sont portés sur les tableaux de recensement de la première classe formée après leur changement de nationalité ».

Ce texte comble une lacune souvent reprochée à la législation militaire antérieure. La loi du 27 juillet 1872, en effet, ayant passé sous silence les étrangers naturalisés en France, on en avait conclu que pour eux l'obligation militaire n'existait pas et que leur inscription sur les listes du recrutement devait dans tous les cas être subordonnée à l'expression non équivoque de leur désir. L'inégalité criante qui résultait de cet état de choses a pris fin. A l'avenir, tout individu admis à la nationalité française devra figurer sur le tableau de recensement dressé après son changement de patrie, à moins bien entendu que son âge ou ses infirmités ne le rendent impropre au service.

La naturalisation dûment accordée a-t-elle un effet rétroactif. L'étranger qui l'obtient est-il réputé avoir été Français dès l'instant de sa naissance?

L'ancien droit, nous l'avons vu, distinguait à ce point de vue les *lettres de déclaration* et les *lettres de naturalité* proprement dites, dont les unes rétroagissaient, tandis que les autres ne produisaient leurs effets que dans l'avenir. Mais cette distinction ne se retrouve pas dans notre législation actuelle.

Aucun effet rétroactif n'est attaché à la naturalisation obtenue en France, et une règle différente se comprendrait difficilement. La controverse qui s'élevait à propos de l'acquisition de la nationalité française par l'enfant né en France d'un père étranger, et que le législateur de 1889 a cru devoir résoudre, partiellement tout au moins, dans le sens de la non-rétroactivité, n'a pas ici sa raison d'être.

Dans la naturalisation, nous ne recontrons pas, en effet, comme dans les situations prévues par les articles 8-4° et 9 du Code civil, une *condition* dont dépend l'acquisition ou la résolution d'un droit de nationalité, et qui repose sur l'antagonisme du *jus sanguinis* et du *jus soli*. L'étranger ordinaire qui sollicite la qualité de Français n'y a pas une vocation éventuelle, et la règle posée dans l'article 1179 du Code civil, relativement aux effets des conditions, n'a aucune application en cette matière. La naturalisation s'analyse pour l'étranger en un changement d'état, en une substitution radicale d'une nationalité à une autre nationalité; elle ne peut rétroagir.

L'article 20 du Code civil constitue pour cette solution un argument *a fortiori* sans réplique. Comment supposer, en effet, que la loi ait entendu consacrer au profit d'un étranger, né à l'étranger de parents étrangers et toujours demeuré étranger, un privilège dont elle a formellement exclu des personnes qui, soit par elles-mêmes, soit par leurs auteurs, se sont antérieurement rattachées à la nationalité française? C'est à des situations analogues que l'ancien droit avait réservé le bénéfice des *lettres de déclaration* rétroactives; et l'article 20 du Code civil, en repoussant même pour les effets de la réintégration toute idée de rétroactivité, a nettement marqué l'intention de limiter à l'avenir ceux de la naturalisation ordinaire : tous les auteurs s'accordent à le reconnaître.

Quel est, au regard de la femme et des enfants de l'étranger naturalisé Français, l'effet de son admission au droit de cité?

Les considérations théoriques qui ont été développées ci-dessus, à propos de l'article 9 du Code civil, semblent devoir restreindre au seul chef de famille les conséquences du changement de patrie qu'il

a recherché ou accepté. Dès que la femme et les enfants de l'étranger ne sont pas personnellement associés à sa demande de naturalisation, on ne voit pas pourquoi on présumerait chez eux une volonté qu'ils n'ont pas exprimée et qui est indispensable, nous l'avons vu, à la formation du lien de nationalité. D'autre part, l'État qui accorde une naturalisation ne connaît que celui qui l'a sollicitée; c'est sur ses aptitudes, sur sa moralité personnelles, non sur les qualités des membres de sa famille, que l'enquête a porté; et ce serait dépasser les intentions du Gouvernement qui fait droit à la demande que d'attribuer à sa décision une portée collective.

En ce qui concerne la femme mariée, tout le monde reconnaissait, sous l'empire de la législation antérieure, que la naturalisation de son mari en France n'exerçait par elle-même aucune influence directe sur sa propre nationalité; mais on avait fini par exiger, dans la pratique, que la femme fût mise en demeure de faire connaître ses intentions, au moment même où son mari demandait à devenir Français, de dire si elle entendait conserver son premier état, ou acquérir, avec lui, la nationalité française.

De même, il était généralement admis, dans la doctrine et dans la jurisprudence, que, sous le régime du Code civil de 1804, l'enfant né antérieurement à la naturalisation obtenue par son père en France conservait la nationalité étrangère.

Et cette solution avait trouvé sa consécration législative dans la loi du 7 février 1851, dont nous avons déjà rappelé la disposition principale. De l'article 2 de cette loi il résultait que l'enfant d'un étranger naturalisé Français après sa naissance devait être considéré comme étranger lui-même, à moins qu'il n'eût acquis personnellement la qualité de Français. Mais, comme l'éducation qu'il recevra à compter de la naturalisation paternelle sera sans doute une éducation française, et que les sentiments qui lui seront inculqués par son père seront des sentiments d'amour pour la France, il avait paru naturel de lui témoigner quelque faveur et de l'affranchir de quelques-unes des formalités de la naturalisation ordinaire, au cas où il manifesterait le désir de devenir Français.

L'article 2 de la loi de 1851 était ainsi conçu : « L'article 9 du Code civil est applicable aux enfants de l'étranger naturalisé, quoique nés en pays étranger, s'ils étaient *mineurs* lors de la naturalisation. A l'égard des enfants nés en France ou à l'étranger qui étaient *ma-*

jeurs à cette même époque, l'article 9 du Code civil leur est applicable dans l'année qui suivra celle de ladite naturalisation ». Deux hypothèses étaient prévues par ce texte.

Ou bien l'enfant était *mineur* à l'époque de la naturalisation; alors il lui suffisait pour acquérir la nationalité française, de déclarer, dans l'année de sa majorité, sa volonté de fixer son domicile en France, et de l'y établir effectivement dans l'année.

Ou bien l'enfant était déjà *majeur;* dans ce cas l'article 9 ne pouvait plus recevoir d'application littérale, puisque la majorité exigée par cet article, et peut-être l'année suivante, étaient déjà dépassées : aussi la loi de 1851 avait-elle décidé que le délai de l'article 9 ne commencerait à courir pour l'enfant majeur que du jour de la naturalisation de son père.

Ce système avait le même défaut que l'ancien article 9 du Code civil : l'enfant né d'un étranger naturalisé ne pouvait se rattacher à la nouvelle patrie de son père qu'à vingt et un ans révolus, et se voyait ainsi fermer, bien malgré lui, l'accès des écoles spéciales du Gouvernement, du volontariat d'un an, et d'un grand nombre de carrières civiles.

Pour répondre aux objections qu'avait soulevées la loi de 1851, celle du 14 février 1882, due à l'initiative de MM. Batbie, Humbert, Testelin et le général Robert, était enfin venue appliquer aux enfants mineurs de l'étranger naturalisé un régime analogue à celui que la loi du 16 décembre 1874 avait consacré au profit de l'enfant né en France d'un père étranger lui-même né sur notre territoire. Elle les avait autorisés à s'engager dans les armées françaises, à contracter l'engagement conditionnel d'un an, à entrer dans les écoles du Gouvernement à l'époque fixée par les lois et règlements, à la condition de déclarer, avec le consentement exprès et spécial de leur père, à défaut de père, de la mère, à défaut de l'un et de l'autre, avec l'assentiment du conseil de famille, l'intention où ils se trouveraient de renoncer à leur patrie d'origine et d'adopter la nationalité française; cette déclaration ne devait être reçue qu'après les examens d'admission, et seulement au cas où ils auraient été favorables : ce qui signifiait que l'enfant mineur d'un étranger naturalisé Français ne pouvait être écarté du concours sous le seul prétexte de son extranéité, ce vice étant susceptible d'être purgé dans la suite par une manifestation de sa volonté.

La situation que les textes antérieurs avaient faite à la famille de

l'étranger naturalisé Français a subi en 1889 des changements notables. Le nouvel article 12, §§ 2 et 3 du Code civil est ainsi conçu :

« La femme mariée à un étranger qui se fait naturaliser Français et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé pourront, s'ils le demandent, obtenir la qualité de Français, sans condition de stage, soit par le décret qui confère cette qualité au mari ou au père ou à la mère, soit comme conséquence de la déclaration qu'ils feront dans les termes et sous les conditions de l'article 9.

« Deviennent Français les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivant qui se font naturaliser Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'article 8-4° ».

Ainsi, pas plus aujourd'hui que sous le régime ancien, la femme n'est *de plein droit* comprise dans le décret qui confère à son mari la nationalité française. Elle peut seulement, *si elle le demande*, obtenir cette nationalité par le même décret, sans condition de stage. Il n'y a là à vrai dire qu'une naturalisation exceptionnelle. La femme n'est admise à s'en prévaloir que sur une manifestation non équivoque de son désir, et si le Gouvernement français l'a jugée digne de cette faveur; mais alors elle est affranchie des conditions d'âge, de stage et d'admission à domicile, auxquelles de droit commun l'étranger doit satisfaire. Cette dispense se comprend à merveille. Désormais en effet la femme aura son domicile sur la terre française, puisqu'elle partage celui de son mari ; les enfants qu'elle mettra au monde seront Français comme leur père: ses affections, ses intérêts, ses relations auront leur siège en France. Ne sont-ce pas là des garanties précieuses de son attachement au pays dont son mari a recherché la nationalité, et ces garanties morales ne sont-elles pas au moins aussi sûres et aussi efficaces que celles dont la loi a cru devoir entourer l'admission d'un étranger quelconque au droit de cité.

Même séparée de corps, la femme mariée peut invoquer le bénéfice de l'article 12 ; sa disposition est en effet générale ; et la réconciliation éventuelle entre les époux, qui est dans les désirs du législateur, lui laisse son utilité.

De son côté, la veuve de l'étranger décédé en instance de naturalisation profite, aux termes de l'article 13, § 2 du Code civil, de l'admission à domicile obtenue par ce dernier dans les cinq années qui ont précédé sa mort, et de la durée du stage qu'il avait déjà accompli ; elle n'a qu'à parfaire ce stage; et, dans le cas où il aurait été achevé

au jour du décès de son mari, sa demande en naturalisation peut être immédiatement introduite, pourvu d'ailleurs qu'elle remplisse à ce jour les conditions de capacité exigées par le droit commun, c'est-à-dire qu'elle soit majeure.

L'article 12 place sur la même ligne, au point de vue qui nous occupe, la femme mariée et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé. Ceux-ci, comme celle-là, peuvent joindre leur demande en naturalisation à celle formée par le chef de famille, et être compris dans les effets du décret qui y fait droit, sans que la condition préalable de l'admission à domicile, et une résidence quelconque sur le territoire français, leur soient imposées.

Ainsi encore l'autorisation de fixer son domicile en France accordée à leur père, mort sans avoir obtenu la naturalisation, mais étant encore dans les délais pour en recevoir le bénéfice, leur est acquise, avec le stage qui l'a suivie, à la condition qu'ils aient été mineurs, lors du décret d'admission (C. civ., art. 13, § 2). Le prédécès du père ne fait donc pas obstacle à ce que les enfants majeurs qu'il laisse après lui deviennent Français, sans avoir été personnellement admis à domicile en France et sans y avoir séjourné pendant trois années complètes.

Ce n'est pas seulement, à la suite d'une demande formée conjointement avec celle du mari ou du père, que la femme et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé Français peuvent eux-mêmes obtenir cette qualité, par le même décret qui fait droit à sa requête. Elle leur est encore acquise, dit l'article 12, § 2 du Code civil, « comme conséquence de la déclaration qu'ils feront dans les termes et sous les conditions de l'article 9 ».

Le sens de cette disposition nous est déjà connu. Tandis que la femme et les enfants, majeurs de vingt-deux ans, de celui qui sollicite la nationalité française doivent nécessairement, s'ils tiennent à la partager, *demander une naturalisation* qui leur sera peut-être refusée, il leur est permis de *réclamer comme un droit* le titre de Français, s'ils se trouvent encore dans les conditions voulues pour exciper de l'article 9, c'est-à-dire s'ils n'ont pas atteint l'âge de vingt-deux ans accomplis; pour cela, il leur suffira de faire un acte de soumission, de transférer leur domicile en France et de déclarer leur volonté d'être désormais Français, de la manière prévue par ce texte.

Il y a là sans doute, au moins en ce qui concerne les enfants majeurs, une réminiscence de l'article 2 de la loi de 1851, qui les admet-

tait à revendiquer, *dans l'année* de la naturalisation paternelle, la qualité de Français. Mais, à la différence de cette loi qui ne tenait aucun compte de l'âge du déclarant, le nouvel article 12 exige qu'il satisfasse aux conditions de l'article 9, ce qui veut dire que, passé vingt-deux ans, son option ne serait plus recevable, et que la seule voie qui lui sera ouverte alors pour parvenir au droit de cité sera celle d'un décret[1].

Arrivons aux enfants mineurs de l'étranger naturalisé. La loi de 1851 leur conservait la nationalité primitive de leur père, tant qu'une option pour la France, formulée dans l'année de leur majorité, n'aurait pas révélé chez eux le désir d'être désormais Français comme lui; et la loi du 14 février 1882 leur avait même permis de devancer dans certains cas cette époque, avec l'assistance de leurs représentants légaux.

Ce système, reproduit sans modification par M. Batbie dans sa proposition de loi sur la nationalité (art. 10-3° et 13-2°), fut repoussé par le Conseil d'État. Dans le projet élaboré par sa Section de législation (art. 4), la qualité de Français était imposée de plein droit et d'une manière définitive « aux enfants mineurs de vingt et un ans d'un père ou d'une mère survivante, qui se fait naturaliser Française ».

Mais le Sénat se refusa à consacrer en termes aussi absolus l'abandon de la règle qui subordonne tout changement de patrie à la volonté personnelle de l'intéressé. Le texte sorti de sa première délibération, non seulement n'attribue pas *de plano* la nationalité française à l'enfant mineur de l'étranger auquel elle est conférée, mais ne lui donne même plus le *droit* de la réclamer contre le gré des autorités françaises; cet enfant peut seulement obtenir le droit de cité, sans condition spéciale de stage, à la suite d'une demande formée par son père ou par son tuteur, avec l'approbation du conseil de famille.

Cette rédaction avait le double inconvénient de briser arbitrairement pendant la minorité de l'enfant l'unité de la famille, en la faisant dépendre d'un caprice du père ou d'un ministre, sans pour cela tenir un compte suffisant de la volonté propre du mineur, puisque sa naturalisation était indépendante de toute intervention de sa part. La Chambre des députés lui préféra celle proposée par le Conseil d'État, et, pour donner satisfaction aux scrupules qui s'étaient manifestés à l'encontre de ses premières résolutions, le Sénat consentit à une transaction. Cette transaction, qui a trouvé sa formule dans le nouvel

[1] Cass., 3 mai 1901 (*Pand. fr. pér.*, 1902. 1. 108).

article 12 *in fine* du Code civil, consiste à déclarer Français l'enfant mineur de l'étranger naturalisé, dès le jour et par le fait de la naturalisation paternelle, sous la condition résolutoire d'une option contraire exprimée dans l'année qui suivra sa majorité.

A s'en tenir à cè texte, il semblerait que sa disposition se restreigne aux seuls enfants dont le père ou la mère est prédécédé, puisqu'il n'est question que de la naturalisation du *survivant* de ses deux auteurs; mais cette interprétation littérale ne tient pas debout. On ne voit pas en effet pourquoi l'enfant, dont le père et la mère arrivent tous deux en même temps à la nationalité française, serait moins bien traité que l'orphelin dont le père ou la mère est seul devenu Français.

Il existe, on le voit, une corrélation directe entre la détermination de la nationalité d'origine de l'enfant légitime et sa participation au changement de nationalité de ses auteurs. Comme l'enfant qui, venant au monde, possède à la fois son père et sa mère, suit la condition du père, c'est la naturalisation de ce père qui, tant qu'il vivra, influera seule sur la destinée du mineur; comme l'enfant posthume prend la nationalité de sa mère survivante, le mineur orphelin de père subira le contre-coup de la naturalisation maternelle.

Et cette corrélation doit encore être observée, à notre avis, lorsqu'il s'agira d'appliquer l'article 12 à l'enfant naturel. Cet enfant sera associé aux effets de la naturalisation obtenue en France par l'auteur dont le *jus sanguinis* lui a conféré la nationalité d'origine. A-t-il été reconnu par l'un de ses parents seulement, il acquerra la nationalité française en même temps que ce dernier. Ses père et mère l'ont-ils avoué simultanément, c'est à la naturalisation du père qu'il faudra regarder, celle de la mère demeurant sans effet. Enfin si la reconnaissance du père a été précédée par celle de la mère, la nationalité d'origine de l'enfant naturel étant fixée par celle-ci, il suivra, pendant sa minorité, les modifications qui seront apportées à la condition maternelle (Cf. C. civ., art. 8, II, 1° *in fine*).

L'attribution de la qualité de Français aux enfants mineurs de l'étranger admis au droit de cité par naturalisation en France n'est que provisoire; elle ne résiste pas à l'affirmation d'une volonté contraire, exprimée par les intéressés dans l'année de leur majorité. L'article 12, § 3, les assimile à ce point de vue à l'individu qui, né en France d'un père étranger, y est domicilié à l'époque de sa majorité (C. civ., art. 8-4°); celui-ci comme ceux-là sont Français de droit, sous la condition résolutoire d'une option.

Les conditions d'exercice et les effets de cette option ont été assez longuement analysés ci-dessus, pour que nous puissions nous borner à un simple renvoi. Qu'ils nous suffise de rappeler que, dans notre opinion, la déclaration d'extranéité doit rétroargir, et que, nonobstant les termes du décret du 13 août 1889 (art. 11), et de la circulaire ministérielle du 23 du même mois, la loi n'autorise pas le *mineur* à renoncer par anticipation à son bénéfice, soit expressément, soit tacitement, en prenant part aux opérations du recrutement.

Le fils de l'étranger naturalisé, qui a laissé passer sans option le délai d'un an à lui imparti à compter de sa majorité, consolide donc sur sa tête la nationalité française dont il a été revêtu au jour et par le fait de la naturalisation de son auteur. Mais cette nationalité lui est conférée au même titre et dans les mêmes conditions qu'à ce dernier; c'est-à-dire que, pas plus, d'ailleurs, que l'enfant majeur qui se prévaut de l'article 12, § 2, il n'est admis *de plano* à l'éligibilité politique, à moins d'une dispense accordée par le législateur. On ne comprendrait pas que la naturalisation indirecte dont il profite, par contrecoup et de plein droit, fût plus large et plus efficace que celle dont son père a été jugé digne, à la suite de longues et concluantes épreuves.

Appendice. — *De la naturalisation des descendants de Français émigrés pour cause de religion.*

Une loi de l'époque intermédiaire, celle des 9-15 décembre 1790, confirmée par la Constitution du 3 septembre 1791, avait cru devoir, dans une vue de réparation, accorder aux descendants, *à quelque degré que ce fût*, des Français expatriés pour cause de religion, c'est-à-dire aux victimes de la révocation de l'Édit de Nantes, le moyen d'obtenir la qualité de Français, sans se soumettre aux formalités de la naturalisation ordinaire.

Article 22 : « Toutes personnes qui, *nées en pays étranger,* descendent, à quelque degré que ce soit, d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion, sont déclarées naturels Français et jouiront des droits attachés à cette qualité, si elles reviennent en France, y fixent leur domicile et prêtent le serment civique. Les fils de famille ne pourront user de ce droit, sans le consentement de leur père, mère, aïeul et aïeule, qu'autant qu'ils seront majeurs et maîtres de leurs droits. »

Ce texte qui, quoi que l'on en ait dit, est demeuré en vigueur jusqu'à la promulgation de la loi du 26 juin 1889, n'était pas sans soulever des difficultés d'interprétation assez sérieuses.

La faculté qu'il avait consacrée était-elle propre aux individus déjà nés en 1790 ou devait-elle être étendue même à ceux dont la naissance avait suivi? La jurisprudence s'était prononcée en faveur de cette dernière opinion, qui s'autorisait d'ailleurs, et des motifs qui avaient inspiré le législateur, et des termes mêmes de la loi de 1790, étrangers à toute distinction.

Les descendants de religionnaires *nés en France* devaient-ils, comme ceux qui étaient nés *à l'étranger*, être admis au bénéfice de la loi de 1790? La lettre de l'article 22 leur paraissait contraire. Toutefois il est permis de douter qu'une solution aussi rigoureuse ait été bien conforme aux vues du législateur. A l'époque où fut portée la loi de 1790, le *jus soli* régnait exclusivement en France. Tout enfant *né en France* était Français, quelle que fût l'origine de ses parents; il était donc inutile de consacrer une disposition spéciale aux descendants de religionnaires émigrés; le droit commun leur suffisait et explique à merveille le silence de la loi. Mais, depuis le triomphe du *jus sanguinis*, en 1804, il existait un argument *a fortiori* en faveur des enfants nés en France d'une famille expatriée pour cause de religion.

Enfin on s'était demandé si les personnes visées par la loi devaient encore être reçues à s'en prévaloir, dans le cas où, à compter de sa promulgation, elles auraient accompli un des actes auxquels le Code civil attache la perte de la nationalité française. Non, sans doute, avait-on dit; la loi de 1790 a conféré *ipso jure* à tous ceux dont elle a pour objet de régler la condition, la nationalité française; elle les a *hic et nunc* assimilés aux Français de naissance, les soumettant par cela même à l'influence de toutes les causes qui agissent sur cette nationalité et la modifient. Mais l'exactitude de cette thèse était des plus contestables. Il n'était pas vrai de dire en effet que le législateur de 1790 eût entendu attribuer *de droit* la qualité de Français aux descendants de religionnaires expatriés. Ce qu'il avait voulu, c'était leur faciliter l'acquisition de cette qualité par une sorte de naturalisation privilégiée. Ils n'étaient pas Français, mais avaient seulement le moyen de le devenir, en se conformant aux conditions fixées par la loi, c'est-à-dire en revenant établir leur domicile en France et en y prêtant le serment civique. Dès lors la naturalisation obtenue en pays étranger, ou toute autre cause de dénationalisation prévue par la loi

française, ne pouvait les dépouiller d'un titre qu'ils n'avaient pas encore et que le retour en France devait seul leur conférer.

La proposition de loi sur la nationalité, d'abord votée par le Sénat, portait abrogation de la loi des 9-15 décembre 1790. Mais M. Edmond de Pressensé défendit éloquemment, dans la séance du 15 novembre 1886, les droits menacés de ses coreligionnaires : « Nous ne pouvons pas, dit-il, laisser protester un acte si noble et si grand, et j'ajoute, si juste, de la Révolution française, qui a rendu cette patrie qu'ils n'avaient jamais cessé d'aimer, aux fils des héroïques proscrits de la révocation de l'Édit de Nantes. » Ces paroles rencontrèrent sur tous les bancs l'adhésion la plus sympathique, et l'on vit les partis les plus opposés manifester un égal attachement aux idées de tolérance et de pacification religieuse, en votant le maintien de la loi de 1790.

L'article 4 de la loi du 26 juin 1889 s'exprime ainsi : « Les descendants des familles proscrites lors de la révocation de l'Édit de Nantes continueront à bénéficier des dispositions de la loi du 15 décembre 1790, mais *à la condition d'un décret spécial* pour chaque demandeur; le décret ne produira d'effet que pour l'avenir... ».

Les personnes que ce texte a en vue ne peuvent donc plus, comme avant 1889, devenir *naturels Français* par un seul acte de leur volonté. Un *décret individuel*, que rien n'oblige le Gouvernement à rendre, est toujours nécessaire pour leur conférer la nationalité française, et les effets de ce décret se limitent à l'avenir.

Il suit de là que c'est par l'effet d'une *naturalisation* que le descendant de protestants émigrés devient aujourd'hui Français; en ce sens, d'une part, que le Chef de l'État est maître absolu de refuser d'accueillir sa demande, et ne doit y faire droit qu'après s'être renseigné sur les antécédents et les moyens d'existence du postulant aussi bien que sur son origine; de l'autre, que la qualité de Français une fois accordée ne rétroagit pas.

Ce n'est pas à dire toutefois que la naturalisation dont il bénéficie se confonde entièrement avec la naturalisation du droit commun dont il a été question ci-dessus. Si la procédure est la même, les conditions et les effets diffèrent quelque peu.

1° *Conditions*. — La seule condition imposée à ceux qui veulent avoir part à la naturalisation privilégiée dont parle l'article 4 de la loi de 1889, c'est de se trouver dans la situation prévue par la loi de 1790, à laquelle ce texte se réfère. Il est donc nécessaire :

a) Qu'ils descendent à un degré quelconque d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion. Et peu importe qu'ils soient nés en France ou à l'étranger; peu importe que leurs ascendants ou eux-mêmes aient accompli l'un des actes qui, de droit commun, font perdre la nationalité française; le pouvoir discrétionnaire dont le Gouvernement est investi suffira à prévenir tout abus.

b) Qu'ils soient revenus en France et y aient fixé leur domicile. Le serment civique, requis par la loi de 1790, ayant été aboli en 1793, il est évident que le descendant de religionnaire émigré n'aura pas à le prêter; il se bornera à déclarer son intention de s'établir dans notre pays.

Mais, dès que le postulant satisfait aux exigences de la loi de 1790, un décret de naturalisation peut valablement intervenir en sa faveur. Ni l'admission préalable à domicile, ni un séjour plus ou moins prolongé sur le territoire français, ne sont pour lui de rigueur, comme ils le seraient pour un candidat à la naturalisation ordinaire. Sa minorité n'est même pas, ainsi que pour ce dernier, une cause d'exclusion; puisque la loi de 1790, dont le texte nouveau a respecté la disposition sur ce point, permet aux fils de famille, même non majeurs et maîtres de leurs droits, de se prévaloir de son bénéfice, *avec le consentement de leur père, mère, aïeul et aïeule.*

2° *Effets.* — L'acquisition de la nationalité française par le descendant d'un proscrit pour cause de religion est, à l'instant même où elle se réalise, plus complète dans ses effets que la naturalisation de droit commun.

L'article 3, § 1 de la loi du 26 juin 1889, qui retarde en principe à l'expiration de la dixième année, à compter du décret de naturalisation, l'éligibilité législative de l'étranger en faveur duquel il a été rendu, ne s'applique pas, croyons-nous, à notre hypothèse. D'une part, en effet, ce texte précède, dans l'ordre suivi par la loi, l'article 4 qui est relatif aux victimes de la révocation de l'Édit de Nantes, et paraît ainsi les avoir laissées en dehors de ses prévisions. D'autre part, si l'article 4 ajoute une condition nouvelle, celle d'un *décret spécial*, à celles formulées dans la loi de 1790, ce n'en est pas moins cette loi elle-même qu'il a entendu maintenir, puisqu'il déclare que les descendants de religionnaires émigrés *continueront à bénéficier de ses dispositions.* Il en résulte que tous les avantages compris dans la loi de 1790 — et il n'est pas douteux qu'avant 1889 ceux qui y

avaient recours acquéraient en France la plénitude des droits civils et *politiques* — sont conservés à ces derniers; une restriction formelle insérée dans la loi de 1889 eût été nécessaire pour les en priver. Ce qui prouve bien d'ailleurs que, dans la pensée du législateur, les règles concernant la naturalisation ordinaire ne sont pas de plein droit applicables à la naturalisation privilégiée dont nous nous occupons en ce moment, c'est qu'il a cru devoir spécifier que celle-ci ne produit d'effet que pour l'avenir (L. du 26 juin 1889, art. 4), alors que la non-rétroactivité de la naturalisation de droit commun n'est contestée par personne.

Il convient également de ne pas étendre au cas prévu par l'article 4 de la loi du 26 juin 1889 les dispositions du nouvel article 12 du Code civil, qui sont relatives à la famille de l'étranger naturalisé Français. Ces dispositions sont exceptionnelles, et méconnaissent, particulièrement lorsqu'il s'agit des enfants mineurs, le caractère contractuel du lien de sujétion. On doit donc se garder de les généraliser, de les transporter dans des hypothèses autres que celles qu'elles visent expressément. Au surplus, la loi elle-même s'est chargée de prévenir et de condamner toute interprétation extensive, en exigeant un *décret spécial pour chaque demandeur.*

Section III. — *De la naturalisation des étrangers en Algérie, dans les colonies françaises et dans les pays soumis à notre protectorat.*

L'article 2 de la loi du 26 juin 1889 déclare applicables à l'Algérie et aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion les dispositions de cette loi, tout en consacrant le maintien du sénatus-consulte du 14 juillet 1865 et des autres textes spéciaux à la naturalisation en Algérie. Et l'article 5 annonce qu'un règlement d'administration publique déterminera les conditions auxquelles la loi de 1889 s'appliquera aux autres colonies, encore soumises au régime des décrets, et les formes qui devront y être observées pour la naturalisation; ce règlement a été promulgué le 7 février 1897.

L'étude des règles particulières qui gouvernent aujourd'hui la naturalisation, dans celles de nos colonies où le Code civil n'est pas purement et simplement en vigueur, forme donc le complément nécessaire des notions qui précèdent. Nous nous occuperons successivement : 1° de l'Algérie; 2° des colonies autres que la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion; enfin 3° de la Tunisie, de l'Annam et du

Tonkin qui, sans être des colonies proprement dites, reconnaissent le protectorat de la France et en ont reçu une législation spéciale en matière de naturalisation.

Algérie. — Le sénatus-consulte de 1865, en même temps qu'il facilitait aux indigènes l'acquisition du titre de citoyen[1], s'est préoccupé de favoriser, dans un intérêt de colonisation, la naturalisation des étrangers sur le sol de l'Algérie; et ses dispositions ont été complétées, d'une part par le décret du 21 avril 1866 et par le décret du 24 octobre 1870, *sur la naturalisation* des indigènes musulmans et *des étrangers résidant en Algérie*, de l'autre par la loi du 26 juin 1889, en ce qu'elle n'a pas de contraire aux textes antérieurs.

Examinons rapidement les conditions, la procédure et les effets de cette naturalisation :

1° *Conditions.* — Deux conditions sont imposées à l'étranger qui veut obtenir la nationalité française sur le territoire algérien :

a) Première condition.

Il doit avoir vingt et un ans accomplis, et la justification de cet âge résulte, soit de son acte de naissance, soit d'un acte de notoriété dressé sur l'attestation de quatre témoins par le juge de paix du lieu (S.-C. de 1865, art. 4; Décret du 21 avril 1866, art. 19; Décret du 24 octobre 1870, art. 1er).

b) Deuxième condition :

L'étranger doit, en principe, avoir résidé sur le territoire algérien pendant *trois ans* au moins, et dans ce délai compte tout le temps que l'étranger a pu passer sous les drapeaux français (S.-C. de 1865, art. 3; Décret de 1866, art. 16 et 17).

Lors de la mise en vigueur du sénatus-consulte, où cette condition se trouve formulée, la naturalisation de l'étranger dans la France continentale était encore régie par la loi de 1849, et la durée du stage auquel il était assujetti était de *dix ans*. La situation de l'étranger était donc plus favorable à ce point de vue sur le sol de l'Algérie qu'en France. Mais cette inégalité n'avait pas survécu à la loi du 29 juin 1867, qui avait réduit dans tous les cas à trois ans la durée de la résidence imposée aux étrangers qui sollicitent la qualité de Fran-

[1] V. notre *Traité théorique et pratique de dr. int. pr*, t. I, *De la nationalité*, p. 377 et s.

çais; et tel est également le système suivi par la loi du 26 juin 1889.

Cependant il subsiste encore aujourd'hui une différence importante entre la naturalisation en France et la naturalisation en Algérie. Tandis que la première suppose trois ans de domicile *autorisé par le Chef de l'État*, dont *dix ans de résidence non autorisée* pourraient seuls tenir lieu[1], aucune admission préalable à domicile n'est exigée de l'étranger qui, après trois ans de séjour en Algérie, sollicite la qualité de Français. On a considéré, ainsi que le fait remarquer M. Delangle dans son rapport sur le sénatus-consulte de 1865, que le moment précis où l'étranger se fixera en Algérie sera nécessairement connu de l'administration; que, d'autre part, il importe de témoigner quelque faveur aux hommes qui viennent apporter à nos colonies leur industrie et leur activité.

Le sénatus-consulte ne prévoyait pas, ainsi que devait le faire plus tard la loi métropolitaine de 1867, que le délai de trois ans, prescrit pour la naturalisation, pût, dans certains cas, être réduit à une seule année; ce délai était de rigueur pour l'étranger en Algérie.

Il y avait là un défaut d'harmonie, une contradiction qui avait frappé les meilleurs esprits, et l'École de droit d'Alger avait formulé, sur la demande du Gouverneur général, un projet de loi destiné à y porter rèmède : « *Article 3 :* Les trois ans de résidence, exigés par l'article 3 du sénatus-consulte du 14 juillet 1865, pour la naturalisation des étrangers, pourront être réduits à une seule année en faveur des étrangers qui auront introduit en Algérie soit une industrie, soit des inventions utiles, qui auront formé de grands établissements, créé ou acquis des exploitations agricoles. »

Ce projet, élaboré en vue de la législation d'autrefois, semble avoir reçu satisfaction dans la loi du 26 juin 1889. Le nouvel article 8-5° du Code civil « autorise, après un an de séjour, la naturalisation de l'étranger *admis à domicile*, qui a rendu des services importants à la France, qui y a apporté des talents distingués ou introduit soit une industrie, soit des inventions utiles, qui a créé soit des établissements industriels ou autres, soit des exploitations agricoles, qui a été attaché, à un titre quelconque, au service militaire dans les colonies ou les protectorats français, ou enfin qui a contracté mariage avec une Française ». Ce texte doit être appliqué sans hésitation aux étrangers résidant en Algérie. En effet, il vise une hypothèse diffé-

[1] V. Ci-dessus, p. 99.

rente de celle que gouverne le sénatus-consulte, puisqu'il règle la condition de l'étranger *autorisé à fixer son domicile en territoire français*, tandis que le sénatus-consulte ne s'est occupé que de l'étranger simplement *résidant en Algérie*; et, loin d'être en opposition avec sa lettre, il est conforme à l'esprit qui l'a inspiré, puisqu'il facilite l'assimilation des étrangers. D'ailleurs, lorsqu'il abrège les délais ordinaires de la naturalisation en faveur de l'étranger qui a été attaché au service militaire dans nos *colonies*, le législateur de 1889 n'a-t-il pas suffisamment montré qu'il entendait faire participer à ces avantages les soldats de la *Légion étrangère*, qui tiennent garnison en Algérie?

2° *Procédure.* — Les formalités auxquelles est soumise la naturalisation ordinaire d'un étranger en Algérie ne sont pas différentes de celles qui sont prescrites pour la naturalisation des indigènes, qui veulent devenir citoyens français.

Déclaration de sa volonté doit être faite devant le maire ou le chef du bureau arabe de sa résidence, qui en dresse procès-verbal, et sa demande est instruite, conformément au décret du 21 avril 1866. Enfin, malgré l'article 3 du décret du 24 octobre 1870, c'est toujours le Président de la République qui statue par décret rendu en Conseil d'État. Il y a lieu à la perception d'un droit de sceau et d'enregistrement d'un franc (Décret de 1866, art. 20); nous avons vu qu'en France les frais de naturalisation s'élèvent à un chiffre beaucoup supérieur.

Mais, pour la naturalisation privilégiée sollicitée par l'étranger en Algérie, dans les termes de l'article 8-5° du Code civil et pour l'admission à domicile qui doit la précéder, il conviendra, puisque le décret de 1866 les a laissées en dehors de ses prévisions, de suivre la procédure tracée par le décret du 13 août 1889.

3° *Effets.* — La naturalisation obtenue par un étranger en Algérie lui confère la plénitude des droits civils et politiques; il devient à la fois Français et citoyen, et pourra désormais se prévaloir de son titre, non seulement sur le sol algérien, mais même sur le territoire français proprement dit, s'il vient à y habiter. Il peut prétendre, comme le Français lui-même, à certaines concessions domaniales; il est habile à toutes les fonctions publiques, à tous les mandats électifs. L'article 3 de la loi du 26 juin 1889 ne saurait, selon nous, lui être opposé.

Sa disposition, qui refuse en principe l'éligibilité législative aux étrangers naturalisés depuis moins de dix ans, est inconciliable avec l'article 3 du sénatus-consulte, que la loi nouvelle a déclaré maintenir, et aux termes duquel « l'étranger qui justifie de trois années de résidence en Algérie peut être admis à jouir de *tous* les droits de citoyen français ».

Le sénatus-consulte de 1865 est resté muet sur les conséquences que la naturalisation d'un chef de famille étranger en Algérie entraîne relativement à sa femme et ses enfants. Rien ne s'oppose donc à ce que, pour subvenir à son silence, on fasse intervenir ici les règles écrites dans le nouvel article 12 du Code civil; contentons-nous d'y renvoyer.

Colonies françaises autres que la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion. — Le décret du 7 février 1897 a déterminé les conditions auxquelles les dispositions de la loi du 26 juin 1889, déjà en vigueur à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion, seraient appliquées aux autres colonies françaises.

En ce qui concerne la naturalisation, nous relevons entre le régime fait à la métropole et celui des colonies, les rares différences que voici :

1° L'admission préalable à domicile n'est jamais de rigueur. L'étranger peut être naturalisé, après trois ans de résidence ininterrompue dans les colonies, ou même après un an, s'il se trouve dans une des situations favorables, prévues par l'article 8 *in fine* de la loi de 1889; lorsque cet étranger est né aux colonies et y réside, il peut, sans autre condition qu'une demande formée dans l'année de sa majorité, être naturalisé par décret.

2° La naturalisation des étrangers donne lieu, sauf remise, à la perception d'un droit de sceau de 100 francs seulement au profit de la colonie.

Tunisie, Annam et Tonkin. — La loi du 26 juin 1889 n'est pas applicable aux pays où s'exerce notre protectorat. Ces pays en effet ne sont pas terre française, et la puissance législative y appartient exclusivement à la souveraineté locale. Néanmoins, le lien étroit qui unit désormais à la France, la Tunisie d'une part, l'Annam et le Tonkin de l'autre, ne permet pas de traiter en étrangers ceux qui l'habitent. Il a paru que le meilleur moyen d'y assurer le développement

de notre influence serait de donner à ceux-ci, étrangers ou indigènes, le moyen de devenir Français, sans leur imposer aucune résidence sur le continent européen.

De là le décret du 29 juillet 1887, relatif à la naturalisation en Annam et au Tonkin, et celui du 28 février 1899, concernant la naturalisation en Tunisie, dont les dispositions semblables peuvent être ainsi résumées :

L'étranger majeur de vingt et un ans peut être admis à jouir des droits de citoyen français : en Tunisie, s'il a résidé pendant trois ans, soit dans la Régence, soit en France ou en Algérie, et en dernier lieu dans la Régence ; en Annam et au Tonkin, après un séjour de trois ans, soit en Annam ou au Tonkin, soit en Cochinchine, et, en dernier lieu, en Annam ou au Tonkin (D. 1887, art. 1er-1° ; D. 1899, art. 1er-1°) ; le délai de trois ans est réduit à une seule année, en faveur des étrangers qui auraient rendu à la France des services exceptionnels (D. 1887, art. 2 ; D. 1899, art. 2-1°), et de plus en Tunisie en faveur des étrangers qui ont épousé une Française (D. 1899, art. 2-2°).

La naturalisation est également accessible au sujet tunisien, ainsi qu'à l'indigène annamite ou tonkinois, qui, pendant trois ans, à compter de leur majorité, ont servi dans les armées françaises de terre ou de mer, ou qui auront rempli des fonctions ou emplois civils rétribués par le Trésor français (D. 1887, art. 1er-2° ; D. 1899, art. 1er-2°). Aucun délai n'est imposé à l'indigène qui, en dehors de tout service militaire ou de toute fonction rémunérée, aurait rendu à notre pays des services exceptionnels (D. 1887, art. 3 ; D. 1899, art. 3).

La demande de naturalisation est présentée, en Tunisie, au contrôleur civil, en Annam et au Tonkin, au résident ou vice-résident, chef de poste, dans le ressort duquel est domicilié l'impétrant. Ce fonctionnaire procède d'office à une enquête sur les antécédents et la moralité du demandeur. Si ce dernier est sous les drapeaux, la demande est adressée au chef de corps, qui la transmet au général commandant supérieur, chargé de diriger l'enquête et d'émettre son avis. Pour chaque affaire, le résultat de l'enquête, avec la demande et les pièces à l'appui, est envoyé au résident général, qui transmet le dossier, avec son avis motivé, au ministre des Affaires étrangères (D. 1887, art. 4 ; D. 1899, art. 7). Le Président de la République statue, le Conseil d'État entendu, sur la proposition collective du ministre des Affaires étrangères et du garde des Sceaux (D. 1887, art. 5 ; D. 1899, art. 7). Sa décision favorable ne donne lieu à la perception

d'aucun droit de sceau pour les individus attachés au service de la France ou du protectorat; quant aux autres, ils sont tenus d'acquitter un droit de 50 francs au profit du protectorat (D. 1887, art. 6; D. 1899, art. 8).

La naturalisation, obtenue dans les conditions qui viennent d'être indiquées, produit tous ses effets, non seulement dans le pays protégé, mais même en France; et, dans le silence des textes, elle les produit conformément au droit commun de la métropole.

Il serait bon toutefois que, pour prévenir toute difficulté, un nouveau décret vînt s'expliquer sur l'éligibilité au Parlement des étrangers ou des indigènes naturalisés en Tunisie et au Tonkin.

A la différence du décret de 1887, celui de 1899 s'occupe de la situation des femmes et des enfants des étrangers naturalisés en Tunisie. L'article 4 de ce décret est ainsi conçu :

« La femme mariée à un étranger qui se fait naturaliser Français, et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé peuvent, s'ils le demandent, obtenir la qualité de Français, sans autres conditions, par le décret qui confère cette qualité au mari, au père ou à la mère. — Deviennent Français les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivants qui se font naturaliser Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'article 9 du présent décret » (c'est-à-dire par une déclaration faite devant le juge de paix ou devant l'agent diplomatique ou consulaire de leur résidence).

TITRE II

Perte de la nationalité française.

De ce que la nationalité résulte d'un contrat, on doit conclure qu'*elle ne s'impose pas*, et que toute personne est libre de renoncer à la patrie qu'elle tient de sa naissance ou d'un choix postérieur.

Il en était ainsi à Athènes. Le citoyen pouvait de son plein gré sortir de la cité; mais il pouvait aussi encourir la déchéance de tout ou partie de ses droits, à la suite d'une condamnation pénale ou d'actions coupables, telles que la désertion devant l'ennemi, le refus du devoir militaire, etc. Cette déchéance, connue sous le nom d'*atimie*, frappait

l'Athénien d'une sorte de mort civile, qu'une réhabilitation solennelle ou une amnistie avaient seules le pouvoir de faire disparaître.

Chez les Romains aussi, la perte du droit de cité était tantôt *volontaire*, tantôt *forcée*.

Elle était *volontaire*, pour le citoyen :

1° qui s'était fait recevoir dans une cité étrangère liée à Rome par un traité;

2° qui s'était expatrié *exsilii causa*, par exemple pour se soustraire à une condamnation imminente ou aux conséquences d'une condamnation déjà prononcée;

3° qui s'était fait inscrire dans une colonie latine et était ainsi devenu Latin.

Elle était *forcée*, pour le citoyen :

1° qui avait encouru l'esclavage, et l'esclavage résultait à Rome, soit de la captivité *ex jure gentium* (L. 5, § 2, *De captivis et postliminio reversis*, au Dig. XLIX, 15), soit, *jure civili*, d'une condamnation *ad metallum* ou *ad bestias*, soit de l'application du sénatus-consulte Claudien à la femme libre qui aurait entretenu des relations avec l'esclave d'autrui, contre le gré du *dominus*, soit, pour l'affranchi, d'un acte d'ingratitude (L. 6, § 1, *De agnosc. vel alend. lib.*, au Dig., XXV, 3), soit enfin de la vente frauduleuse d'un homme libre, effectuée avec le consentement de ce dernier (Inst. Just., I, tit. III, § 4);

2° qui avait été livré à une nation étrangère, en expiation d'un attentat contre le droit des gens. Pareille mesure pouvait être prise contre le Romain qui avait frappé un ambassadeur étranger, contre l'ambassadeur romain qui avait pris les armes, dans une guerre entre sa patrie et la cité à laquelle il avait été envoyé; cette extradition avait pour effet de dégager Rome de la responsabilité de ces actes; elle s'opérait par le ministère des Fétiaux (*deditio per patrem patratum*). On s'était demandé si le citoyen ainsi livré à un peuple étranger conservait, en cas de refus de ce dernier, le *jus civitatis*, ou s'il ne devenait pas *peregrinus sine certa civitate*; mais la première de ces deux solutions paraît avoir prévalu;

3° qui avait été vendu par le *paterfamilias* hors du territoire romain;

4° qui, devenu insolvable, avait été vendu par ses créanciers *trans Tiberim*;

5° qui avait été interdit de l'eau et du feu;

6° enfin, qui avait encouru la peine de la déportation. Cette peine qui, à partir d'Auguste, remplaça l'interdiction de l'eau et du feu, emportait privation du droit de cité, à la différence de la simple relégation. Pareille déchéance résultait, sous l'empire, de la condamnation aux travaux publics à perpétuité.

Et même, en dehors de ces causes individuelles de dénationalisation, il est maintes fois arrivé, au cours de l'histoire romaine, que le peuple enlevât, à titre de peine, le droit de cité à des villes entières qui en avaient été investies.

L'ancien droit français retirait la qualité et les droits de régnicole au Français qui avait abandonné sa patrie sans esprit de retour. Mais l'esprit de retour devait toujours être présumé chez lui, « à moins, dit Pothier, qu'il n'y ait quelque fait contraire qui détruise une présomption aussi bien fondée, et qui prouve une volonté contraire de s'expatrier... Le mariage qu'il contracterait à l'étranger ne pourrait que faire naître des soupçons; mais il ne serait plus permis de douter de son dessein de s'expatrier; s'il avait établi le centre de sa fortune en pays étranger, *s'il s'y était fait pourvoir de quelque office ou bénéfice*, surtout, *s'il s'y était fait naturaliser*, car on ne peut obtenir les lettres de naturalité, sans se reconnaître sujet du prince à qui on les demande [1]. »

Il résulte de ce passage que la naturalisation acquise à l'étranger, de même que l'acceptation de fonctions publiques hors de France, entraînaient toujours la perte de la nationalité française, comme impliquant nécessairement l'absence d'esprit de retour.

Les Constitutions de la période intermédiaire, de même qu'elles déterminent les conditions auxquelles est subordonné l'octroi de la nationalité française, précisent les cas dans lesquels un Français pourra être dépouillé du droit de cité, sans d'ailleurs toujours distinguer avec une netteté suffisante la qualité de *citoyen* de celle de *Français*. On y rencontre la dénationalisation à titre de peine.

Celle du 3 septembre 1791 dispose, dans son article 6, que « la qualité de citoyen français se perd : 1° par la naturalisation en pays étranger; 2° *par la condamnation aux peines qui emportent la dégradation civique, tant que le condamné n'est pas réhabilité;* 3° *par un*

[1] Pothier, *Traité des personnes*, 1re partie, titre III, sect. IV, n° 62.

jugement de contumace, tant que le jugement n'est pas anéanti; 4° par l'affiliation à tout ordre de chevalerie étrangère ou à toute corporation étrangère qui supposerait, soit des preuves de noblesse, soit des distinctions de naissance, ou qui exigerait des vœux religieux. »

De son côté, l'article 5 de l'acte constitutionnel du 25 juin 1793 fait résulter la perte de l'exercice des droits de citoyen : 1° de la naturalisation en pays étranger; 2° de l'acceptation de fonctions ou faveurs émanées d'un Gouvernement non populaire; 3° *de la condamnation à des peines infamantes ou afflictives jusqu'à réhabilitation.*

La Constitution du 5 fructidor an III porte, dans son article 12, que « l'exercice des droits de citoyen se perd : 1° par la naturalisation en pays étranger; 2° par l'affiliation à toute corporation étrangère qui supposerait des distinctions de naissance, ou qui exigerait des vœux de religion; 3° par l'acceptation de fonctions ou de pensions offertes par un Gouvernement étranger; 4° *par la condamnation à des peines afflictives ou infamantes, jusqu'à réhabilitation* ». Et l'article 15 ajoute : « Tout citoyen qui aura résidé sept années consécutives hors du territoire de la République, sans mission ou autorisation donnée au nom de la nation, est réputé étranger; il ne redevient citoyen français qu'après avoir satisfait aux conditions prescrites par l'article 10 ».

Enfin, la Constitution du 22 frimaire an VIII, se conformant à l'exemple de ses devancières, décide, dans son article 3, que « la qualité de citoyen se perd : 1° par la naturalisation en pays étranger; 2° par l'acceptation de fonctions ou de pensions offertes par un Gouvernement étranger; 3° par l'affiliation à toute corporation étrangère qui supposerait des distinctions de naissance (*il n'est plus question de vœux religieux*); 4° *par la condamnation à des peines afflictives ou infamantes* ».

Nous arrivons ainsi au droit français nouveau.

Le principe qui semble le dominer, c'est qu'aujourd'hui la perte de la nationalité ne peut être infligée *à titre de peine*, mais qu'elle suppose nécessairement un *fait volontaire* chez celui dont elle modifie l'état. Il serait peu conforme aux égards que se doivent les peuples civilisés de punir un sujet indigne, en le chassant du sol et de la communauté de sa patrie d'origine, en le dépouillant du droit de cité, et en le rejetant ainsi sur les États voisins. D'ailleurs rien n'oblige

ceux-ci à faire accueil à l'exilé et à l'admettre au nombre de leurs nationaux; la dénationalisation *nomine pœnæ* aboutit donc à l'*heimathlosat*, que tous les efforts d'une législation bien faite doivent tendre à prévenir. Tout ce que l'État peut faire, c'est de réduire à l'impuissance ceux de ses membres qui lui paraissent constituer un danger pour l'ordre social, par la privation de certains droits (C. civ., art. 22 et s.; C. pén., art. 28 et s.; art. 42; L. du 31 mai 1854; L. du 24 juillet 1889), par des déchéances pénales ou civiles, qui, jamais, en aucun cas, ne sauraient aller jusqu'à l'exclusion totale du droit de nationalité. L'État est maître de les rayer du nombre des *citoyens*; il ne peut faire que, malgré eux, ils cessent d'être *Français*.

La perte de la nationalité a donc toujours pour point de départ, à cette heure, un *acte volontaire* de la part du Français, une *abdication*. Mais, si le citoyen est libre de dénoncer le contrat qui le lie à l'État, encore faut-il pour cela qu'il satisfasse aux conditions que la loi a elle-même déterminées pour l'exercice de cette faculté. Elle ne reconnaît pas aux Français le droit de rompre purement et simplement, par une déclaration de leur volonté, l'allégeance de leur patrie d'origine; elle exige, pour qu'ils en soient déliés, qu'à cette volonté nécessaire vienne se joindre tel fait, telle circonstance qui les rende incapables de servir désormais la France avec le dévouement qu'elle réclame de tous ses enfants, ou même indignes du nom de Français.

Avant la loi du 26 juin 1889, la perte de la nationalité française était attachée :

1° à la naturalisation acquise en pays étranger (C. civ., art. 17-1°);

2° à l'acceptation non autorisée de fonctions publiques, conférées par un Gouvernement étranger (C. civ., art. 17-2°).

3° à tout établissement non commercial fait en pays étranger, sans esprit de retour (C. civ., art. 17-3°).

4° au mariage d'une Française avec un étranger (C. civ., art. 19);

5° à l'affiliation, non autorisée par le Gouvernement français, à une armée ou à une corporation militaire étrangère (C. civ., art. 21);

6° au commerce et à la possession d'esclaves (Décret du 27 avril 1848).

De ces six causes de dénationalisation, il en est une qui ne se retrouve pas dans la législation de 1889 : l'établissement fait en pays étranger sans esprit de retour; mais d'autre part le fils d'étranger

né en France et y ayant son domicile, le fils né en France d'un étranger qui lui-même y est né, lorsqu'il n'est pas définitivement Français, de même que l'enfant d'un étranger naturalisé Français ou d'un ci-devant Français réintégré dans son ancienne patrie, sont réputés *perdre* la nationalité française lorsque, parvenus à la majorité, ils en déclinent le titre et les devoirs (C. civ., art. 8, §§ 3 et 4, 12 et 18).

Le nouvel article 17 du Code civil est ainsi conçu :

« Perdent la qualité de Français :

1° Le Français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquiert, sur sa demande, la nationalité étrangère par l'effet de la loi. — S'il est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, la naturalisation à l'étranger ne fera perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le Gouvernement français.

2° Le Français qui a décliné la nationalité française, dans les cas prévus au paragraphe 4 [1] de l'article 8 et aux articles 12 et 18.

3° Le Français qui, ayant accepté des fonctions publiques conférées par un Gouvernement étranger, les conserve nonobstant l'injonction du Gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé.

4° Le Français qui, sans autorisation du Gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, sans préjudice des lois pénales contre le Français qui se soustrait aux obligations de la loi militaire. »

A cette énumération il convient de joindre :

5° Le Français qui possède ou achète des esclaves (Décret du 27 avril 1848).

6° La femme française qui épouse un étranger, lorsque la loi dont celui-ci relève lui confère la nationalité de son mari (C. civ., art. 19).

Nous laisserons pour l'instant de côté l'hypothèse prévue par l'article 19 ; elle sera examinée au titre suivant, qui est consacré à l'influence que le mariage exerce sur la nationalité de la femme. De même, nous ne pouvons que renvoyer, en ce qui concerne les effets de l'option formulée dans les termes des articles 8-3° et 4°, 12 et 18, aux explications particulières qui ont été ou seront données à ces textes.

Il nous reste à étudier, dans quatre sections distinctes, les conséquences qu'entraînent, au point de vue de la dénationalisation :

a) l'acquisition d'une nationalité étrangère par un Français ;

[1] Depuis la loi du 22 juillet 1893, il faut ajouter au cas prévu par l'article 8, § 4, celui que prévoit le § 3 du même article. V. ci-dessus, p. 70.

b) son acceptation de fonctions publiques à l'étranger;

c) son enrôlement non autorisé par le Gouvernement français dans une armée étrangère;

d) enfin le commerce et la possession d'esclaves.

SECTION I. — *Acquisition d'une nationalité étrangère par un Français.*

Code civil, article 17 : « Perd la qualité de Français : 1° Le Français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquiert sur sa demande la nationalité étrangère par l'effet de la loi. — S'il est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, la naturalisation à l'étranger ne fera perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le Gouvernement français. »

Lorsqu'un Français obtient des lettres de naturalisation d'un Gouvernement étranger ou accomplit, hors de France, un des actes auxquels la législation locale attache la concession du droit de cité, sa condition subit un double changement: 1° il devient sujet étranger; 2° il cesse le plus souvent d'être Français, car il ne peut avoir deux patries.

Du premier de ces phénomènes juridiques nous n'avons rien à dire quant à présent. C'est la loi étrangère qui détermine souverainement les conditions auxquelles est soumise l'admission d'un Français dans une autre nation, et les conséquences de cette admission.

La perte de la nationalité française doit seule nous occuper ici; car, « si l'acquisition d'une nationalité nouvelle est régie par la loi du pays où elle est obtenue, la perte de la nationalité l'est par celle du pays auquel appartenait l'individu naturalisé [1] ». C'est donc en nous plaçant au point de vue exclusif de la législation française que nous allons rechercher quelles sont les conditions et les effets de la dénationalisation encourue par le Français aux termes de l'article 17-1° du Code civil.

1° *Conditions.* — A quelles conditions la France reconnaîtra-t-elle au Français devenu étranger le bénéfice de sa nouvelle patrie et consentira-t-elle à lui rendre sa liberté?

Deux conditions sont à la fois nécessaires et suffisantes.

[1] Lyon, 19 mars 1875 (Sirey, 1876. 2. 21).

a) Il faut que le Français soit capable de renoncer à la nationalité française.

b) Il faut qu'il ait acquis une nationalité étrangère.

a) Première condition.

Il faut que le Français soit capable de renoncer à la nationalité française.

C'est d'après la loi française que l'étendue de cette capacité doit être mesurée. Aussi longtemps que le Français n'est pas devenu étranger, il demeure soumis, dans son état et dans sa capacité, aux dispositions de sa législation nationale (C. civ., art. 3, § 3).

Ni le mineur de vingt et un ans, même émancipé, ni l'interdit, si ce n'est peut-être dans un intervalle lucide, ne sauraient invoquer l'article 17-1°, pour se soustraire à la nationalité française, alors même que les lois étrangères consacreraient leur aptitude à la naturalisation.

Prenons un exemple : la loi allemande du 1er juin 1870 sur la nationalité dispose, dans son article 8, que « la naturalisation ne doit être accordée aux étrangers que lorsqu'ils sont capables de disposer (*dispositionsfaehig*) d'après les lois du pays auquel ils ont appartenu jusqu'alors, ou, *s'ils ne jouissent pas de cette capacité, quand ils ont l'assentiment de leur père, tuteur ou curateur* » [1]. La naturalisation obtenue par le mineur français en Allemagne avec l'assentiment de son père n'aurait aucune valeur sur le territoire français, et c'est à bon droit qu'on l'obligerait à satisfaire à la loi du recrutement.

Toutefois, si la naturalisation conférée à un mineur est par elle-même impuissante à opérer, au jour où elle intervient, un changement de nationalité en sa personne, cet effet résultera valablement de la déclaration par laquelle, une fois majeur et revêtu d'une capacité juridique entière, il aurait manifesté la volonté de revendiquer son bénéfice, et de renoncer à la nationalité française ; et c'est à compter de cette déclaration qu'il cessera d'appartenir à la France.

Que dirons-nous de la femme mariée?

On a toujours été d'accord sur un point : c'est que la femme non séparée de corps ne peut perdre la nationalité française, à la suite d'une naturalisation par elle obtenue en pays étranger, sans l'autorisation de son mari, ou, en cas de refus arbitraire de sa part, sans l'autorisation de justice; mais on a longtemps discuté la question de

[1] V. aussi la loi hongroise des 20-24 décembre 1879, et la loi belge du 16 juillet 1889.

savoir si la nécessité de cette autorisation survit à la séparation de corps prononcée entre les époux.

Ce problème s'était posé, il y a quelque vingt ans, dans les circonstances restées célèbres (affaire de la princesse de Bauffremont) et les tribunaux s'étaient alors prononcés dans le sens de l'affirmative. Mais depuis lors, la loi du 6 février 1893, qui est venue modifier l'article 311 du Code civil, a restitué à la femme séparée de corps, la plénitude de sa capacité civile et a, par cela même, rendu toute controverse impossible pour l'avenir.

Il ne suffit pas au Français qui veut cesser de l'être de justifier que suivant le droit commun de sa patrie, il est capable de changer de nationalité. « S'il est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, porte l'article 17-1°, dans le dernier paragraphe de sa rédaction nouvelle, la naturalisation à l'étranger ne fera perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le Gouvernement français ».

Cette condition, empruntée par le législateur de 1889 aux lois de l'Allemagne et de l'Autriche-Hongrie ne doit pas être confondue avec celle que le décret impérial du 26 août 1811 imposait à tout Français, qui demandait à un État étranger de l'admettre au nombre de ses nationaux. Ce décret, dont la légalité était au moins douteuse, et que la loi du 26 juin 1889 a d'ailleurs expressément abrogé par son article 6, ne faisait, semble-t-il, aucune distinction d'âge ni même de sexe, et, s'il frappait le Français naturalisé en pays étranger sans l'autorisation du Chef de l'État, de certaines pénalités, de certaines déchéances, il ne lui conservait pas pour cela, suivant l'opinion dominante, la nationalité française, dont l'article 17 du Code civil l'avait valablement dépouillé.

Au contraire le Français qui n'a pas obtenu l'autorisation gouvernementale, dans le cas où le texte nouveau l'exige, demeure Français. La nécessité où il se trouve de prendre congé de sa patrie d'origine ne constitue pas pour la liberté d'expatriation une entrave bien gênante, puisqu'elle s'adresse non pas, comme le voulait le texte d'abord proposé par le Conseil d'État, à tout individu « soumis aux obligations du service militaire » c'est-à-dire, d'une manière générale, à tous les Français âgés de moins de quarante-cinq ans (L. du 15 juillet 1889, art. 2), mais à ceux-là seulement que leur âge astreint au service actif, et qu'elle limite ainsi à dix années la restriction

qu'elle apporte à leur capacité. D'autre part, elle aura l'heureux effet de tromper les calculs des Français qui, en renonçant à leur patrie, ont surtout voulu décliner les devoirs qu'elle leur impose, et colorer leur désertion des apparences d'un changement de nationalité. Si les raisons qui les déterminent à ce changement sont sérieuses et avouables, nul doute que les autorités françaises ne consentent facilement à les dégager, par un permis d'émigration, de leur allégeance antérieure.

b) Deuxième condition.

Plus explicite que ne l'avait été le Code civil de 1804, le nouvel article 17-1°, prévoit une double hypothèse : il fait résulter la perte de la qualité de Français : 1° de la naturalisation à l'étranger; 2° de l'acquisition sur demande d'une naturalisation étrangère par l'effet de la loi.

1° *Naturalisation à l'étranger.* — Suffira-t-il, pour que le Français soit dégagé de sa nationalité primitive, qu'un souverain ou un Gouvernement étranger lui ait spontanément, en dehors de toute démarche, de toute sollicitation, conféré le droit de cité, à raison de ses talents, de la célébrité qu'il a su acquérir, des services qu'il a rendus à l'État ou à l'humanité?

Le doute semble autorisé par la rédaction actuelle de l'article 17. Alors que le texte ancien exigeait formellement que l'émigrant eût *acquis* la naturalisation en pays étranger, c'est-à-dire eût fait acte de volonté, soit en prenant l'initiative de la mesure dont il est appelé à profiter, soit en l'acceptant tout au moins; la disposition qui a prévalu en 1889 dénationalise « le Français *naturalisé* à l'étranger » et fait ainsi bon marché en apparence de sa volonté personnelle.

Toutefois il ne faut pas attacher à la modification qu'ont subie les termes de l'article 17 une importance qu'elle n'a pas. Les travaux préparatoires de la loi du 26 juin 1889 démontrent en effet qu'elle n'a point entendu innover à cet égard; son rapporteur au Sénat, M. Batbie, l'a reconnu, lorsque, commentant notre texte dans la séance du 15 novembre 1886 et lui assignant sa véritable portée, il s'exprimait ainsi : « Nous avons voulu dire que l'acquisition de la nationalité étrangère ne faisait perdre la qualité de Français que s'il y avait naturalisation ou acquisition par la loi, *mais en vertu d'une demande*[1] ».

[1] *J. off.* du 16 novembre 1886.

Et l'on ne comprendrait pas d'ailleurs que la dénationalisation, subordonnée à la demande de l'intéressé, lorsqu'elle est la conséquence de l'acquisition d'une nationalité nouvelle *par l'effet de la loi*, fût affranchie de cette condition, lorsque c'est par une naturalisation proprement dite que le Français a été admis au droit de cité en pays étranger. Dans un cas comme dans l'autre, la perte de la qualité de Français repose sur une abdication, c'est-à-dire sur un fait volontaire, élément essentiel à tout changement de patrie. Pourquoi frapperait-on d'une déchéance rigoureuse un de nos nationaux, dont le seul crime est d'avoir mérité l'estime d'un Gouvernement étranger, sans avoir rien fait pour provoquer ses récompenses?

Au surplus, la demande de naturalisation formée par un Français ne suffit pas à le rendre étranger, tant que cette demande n'a pas été accueillie par ceux qui ont qualité pour y faire droit. La naturalisation dûment accordée peut seule opérer sa dénationalisation ; et encore est-il indispensable que la mesure dont il a été l'objet lui ait *réellement* et *définitivement* conféré la nationalité étrangère, la plénitude des *droits civils* qui en découlent. Si la *grande naturalisation*, qui seule entraîne la concession des *droits politiques* les plus importants en certains pays, en Belgique notamment, n'est pas nécessaire, il faut tout au moins que le Français soit effectivement et sans contestation possible devenu le sujet d'une puissance étrangère.

Et la jurisprudence a fait de ce principe d'assez nombreuses applications :

Il a été jugé notamment que la perte de la nationalité française ne résulte pas :

1° D'une simple *admission à domicile* accordée à l'un de nos nationaux hors de France, et emportant pour lui jouissance des droits civils.

2° De l'acquisition du *droit de bourgeoisie* dans une ville étrangère, à moins que la collation de ce droit n'implique pour celui qui l'obtient l'admission au droit de cité proprement dit.

3° Des lettres de *denization*, par lesquelles le Gouvernement anglais aurait permis à un Français, moyennant la prestation d'un serment d'allégeance, d'exercer sur le sol du Royaume-Uni quelques-unes des facultés que le droit commun refuse aux étrangers ordinaires.

4° De la naturalisation d'un Français dans une colonie anglaise, par exemple dans celles de l'île Maurice ou de Victoria.

2° *Acquisition sur demande d'une nationalité étrangère par l'effet de la loi.* — L'article 17-1° du Code civil ne parlait, dans sa teneur primitive, que de la *naturalisation* acquise en pays étranger; et l'on pouvait se demander, avant 1889, si le Français qui, en dehors de tout acte de naturalisation proprement dit, aurait acquis une nationalité étrangère par le simple effet de la loi, par exemple à la suite d'une option formulée dans certains cas spécifiés par elle ou d'un acte emportant réintégration dans une qualité antérieurement perdue, tombait sous le coup de cette disposition.

La négative était seule conciliable, à notre avis, avec les termes de l'ancien article 17-1°, et il en résultait, dans nos rapports avec les puissances voisines, en particulier avec la Belgique, de regrettables difficultés. C'est à ces difficultés, dont des débats judiciaires et parlementaires récents avaient permis de mesurer la gravité, que le législateur de 1889 s'est proposé de pourvoir, en assimilant expressément, au point de vue qui nous occupe, l'acquisition d'une nationalité étrangère par le bienfait de la loi à la naturalisation véritable.

L'article 17-1°, ne fait résulter la perte de la qualité de Français que de l'acquisition *sur demande* d'une nationalité étrangère par effet de la loi. Il suit de là que la dénationalisation n'est produite qu'autant que le Français a exprimé une *option formelle* en faveur d'une autre patrie, qu'il lui a *demandé* de l'accueillir, par exemple sous une forme analogue à celle prévue par l'article 9 du Code civil pour les fils d'étranger nés en France.

Une option simplement *tacite*, un défaut de répudiation, comme dans l'hypothèse régie par l'article 8-4° du même Code, ne seraient pas suffisants. Il importe qu'aucun doute ne puisse s'élever sur la volonté du Français qui renonce à sa patrie d'origine; et l'omission d'une formalité, l'expiration d'un délai, dues peut-être à l'ignorance ou à l'oubli, ne satisfont pas à cette condition essentielle. Le législateur a d'ailleurs nettement marqué ses intentions en substituant aux mots : *en vertu d'un acte volontaire*, d'abord proposés, ceux : *sur sa demande*, dans la rédaction définitive de l'article 17-1°.

Aura donc conservé la nationalité française, au regard de nos lois, l'enfant né en Italie d'un père français qui y était domicilié depuis plus de dix ans, encore qu'il n'ait pas décliné la qualité de régnicole italien, dans l'année de sa majorité, ainsi que l'y oblige l'article 8 du Code civil italien.

Et à plus forte raison en sera-t-il ainsi du Français auquel les lois d'un État étranger *imposent*, en dehors de toute manifestation même tacite de sa volonté, et sans qu'il puisse s'y soustraire, l'allégeance du pays où il se trouve, par exemple à la suite d'une naissance ou d'une résidence prolongée pendant un certain temps sur le territoire de ce pays (Cf. C. civ., art. 8, 3°).

Est-il au surplus besoin d'ajouter que, pour perdre la qualité de Français en acquérant par l'effet de la loi une nationalité nouvelle, nos nationaux doivent être capables de changer de patrie? La condition de capacité, que nous avons étudiée ci-dessus, est commune aux deux hypothèses prévues par l'article 17-1°. Il faudra donc considérer comme n'ayant pas cessé d'être Français, l'individu qui, né en Belgique de parents français, aurait, *après dix-huit ans*, déclaré sa volonté d'être Belge, conformément à la loi belge du 16 juillet 1889, ou qui, encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, aurait opté pour une nationalité étrangère, sans avoir obtenu au préalable l'autorisation du Gouvernement français.

3° *Effets*. — Le Français qui a acquis une nationalité étrangère par naturalisation ou, sur sa demande, par l'effet de la loi, cesse d'être Français. Son état et sa capacité ne sont plus régis par la loi française (C. civ. art. 3, § 3), mais relèvent désormais de la législation de sa nouvelle patrie. Et de même il échappe, dans l'avenir, aux devoirs nationaux qui résultaient pour lui de sa qualité de Français.

Il est bien certain d'autre part que la dénationalisation ne produit aucun effet dans le passé à l'encontre de *droits acquis*.

Encore que l'acquisition d'une nationalité étrangère ferme nécessairement à celui qui l'obtient l'accès de nos armées, les autorités françaises n'hésitaient pas, avant 1889, à poursuivre comme insoumis les jeunes Français qui, après avoir tiré au sort, s'étaient fait naturaliser à l'étranger pour se soustraire au service militaire, et étaient ensuite revenus sur notre territoire. Et alors, de deux choses l'une : Ou bien la naturalisation par eux obtenue était jugée irrégulière et nulle ; dans ce cas, n'ayant pas perdu la qualité de Français, ils devaient, à l'expiration de leur peine, être incorporés dans l'armée française. Ou bien ils justifiaient devant les tribunaux ordinaires qu'ils avaient dûment acquis une nationalité nouvelle, et tout ce qu'on pouvait exiger d'eux, c'est qu'ils vinssent répondre devant la

juridiction militaire du délit d'insoumission qu'ils avaient commis en s'expatriant, en admettant que ce délit ne fût pas couvert par la prescription de trois ans.

La disposition finale, introduite dans l'article 17-1° du Code civil par le législateur de 1889, est venue simplifier la situation. L'absence d'autorisation gouvernementale rendant nulle, au regard de la France, la naturalisation obtenue par un Français que son âge soumet aux obligations du service militaire actif, il est bien évident que ce dernier ne saurait devant la justice militaire se prévaloir de sa nationalité nouvelle, pour demander à être acquitté du chef d'insoumission et à n'être pas versé dans un régiment français. Mais en revanche nous estimons que l'autorisation dont il a pu bénéficier le met à l'abri de toutes poursuites. En l'accordant, le Gouvernement français a par cela même renoncé aux droits qu'il avait acquis sur lui, au jour du tirage au sort, et l'a régulièrement libéré de ses obligations.

Le Français, qui change de patrie et se place ainsi sous l'empire d'une législation étrangère, se trouve, en face de ceux qui ont entretenu autrefois avec lui des relations de droit, dans une situation analogue à celle que fait en France la promulgation d'une loi nouvelle aux personnes qui ont aquis des droits sous le régime légal antérieur. Obligatoire pour l'avenir, cette loi respecte tous les actes régulièrement intervenus avant sa mise en vigueur; les droits acquis sont à l'abri de ses atteintes. Ainsi le veut le principe de la non-rétroactivité des lois (C. civ., art. 2).

Or, ce que le législateur national ne peut faire, dans l'intérêt de tous, l'accord du Gouvernement étranger qui confère la naturalisation et de l'individu qui l'a sollicitée ou qui l'accepte, le pourra-t-il? Ces droits préexistants, que la loi toute-puissante n'ose méconnaître, un homme qui renie sa patrie aura-t-il la faculté de les anéantir en passant la frontière? Évidemment non. Le décret ou l'option qui confère au Français la qualité de citoyen d'un autre État promulgue en quelque sorte pour lui et lui rend désormais applicables toutes les lois de ce pays; mais ces lois ne peuvent avoir sur notre territoire, à l'encontre de nos nationaux, une portée plus étendue que les nôtres et une vertu que ces dernières n'ont pas. Pour les tiers, le changement de patrie est *res inter alios acta* et ne peut être la source d'aucun préjudice, au mépris de leurs *droits acquis*.

Il suit de là, entre autres conséquences pratiques :

1° Que le Français, que sa naturalisation en pays étranger a rendu

mineur, ne peut se soustraire, en se fondant sur son incapacité nouvelle, aux suites des actes qu'il a passés et des engagements qu'il a souscrits en France, alors qu'il était majeur; les tiers qui ont traité avec lui ont un droit acquis à leur exécution.

2° Que l'union polygame formée par un Français, déjà marié en France, puis naturalisé en pays musulman, n'est pas opposable, chez nous, à ceux qui ont un intérêt légitime au maintien exclusif du mariage d'abord contracté. Ainsi le premier conjoint du bigame, d'une part, les enfants nés de leur union et les collatéraux eux-mêmes, de l'autre, pourvu qu'ils y aient un intérêt né et actuel, seront fondés à poursuivre la nullité du second mariage.

3° Que le divorce obtenu à l'étranger, avant 1884, par un ci-devant Français, et le second mariage qui l'a suivi, sont dépourvus de tout effet au regard de l'époux demeuré Français, de ses enfants et même des collatéraux, s'ils ont un intérêt né et actuel à le contester.

En vain objecterait-on à ces deux dernières solutions que nul n'a un droit acquis à se prévaloir des règles qui régissent son état et sa capacité; que le législateur est toujours maître de les modifier pour l'avenir, par exemple d'autoriser la dissolution d'un mariage même antérieurement contracté. Mais ce droit n'appartient et ne peut appartenir qu'au législateur qui a autorité sur tous ceux dont il s'agit de changer l'état, *sur les deux conjoints*, si c'est un divorce qui est en jeu.

Qu'est-ce après tout que le divorce? La rupture du mariage, qui est un *contrat*. Or il est de principe que, tandis que la capacité de chacune des parties qui y interviennent doit être déterminée par sa loi personnelle, la validité intrinsèque du contrat, ses effets, ses causes de dissolution ne peuvent être régis que par une loi unique, qui est celle sous l'empire de laquelle il a été conclu. Cette loi unique lie également tous ceux qui ont pris part au contrat; mais il ne peut dépendre de l'un d'eux de s'en affranchir, par un acte de sa seule volonté, au détriment des autres. Cette doctrine doit être appliquée sans hésitation au mariage et au divorce qui le brise. Si les deux époux se font naturaliser dans un pays où, à la différence de leur législation d'origine, le divorce est admis, ils consentent par cela même à soumettre leur union à une cause de dissolution nouvelle; ils modifient la loi originaire du contrat; mais ils la modifient *d'accord l'un avec l'autre;* cette loi ne cesse pas d'être unique, d'être égale pour tous deux. Si au contraire l'un des époux seulement a acquis la nationalité étrangère, cette acquisition ne pourra avoir pour effet de

changer la loi qui a régi le mariage jusqu'à ce jour et de priver son conjoint du bénéfice de l'indissolubilité, sous la foi de laquelle il a consenti au mariage.

Mais, si le changement de patrie obtenu par un Français ne peut être opposé à ceux qui ont un *droit acquis* fondé sur la conservation de sa nationalité première, il en est autrement de ceux dont il n'a fait que ruiner les faibles attentes, les vagues expectatives.

Prenons un exemple.

Un Français meurt, après avoir acquis une nationalité étrangère. S'il était demeuré Français, sa succession aurait été, selon nous, et conformément aux règles qui seront développées plus loin, régie par la loi française et dévolue aux personnes que cette loi appelle à la recueillir; mais, comme il ne l'est plus au jour de son décès, la loi étrangère seule est applicable; et cette loi donne vocation à d'autres héritiers. Pourront-ils être écartés par ceux auxquels l'héritage eût appartenu, s'il n'y avait pas eu de naturalisation? Évidemment non. Ces derniers n'avaient aucun *droit acquis* à une succession non encore ouverte à leur profit.

Autre hypothèse : Un Français a contracté une obligation envers un étranger. Celui-ci trouve dans l'article 15 du Code civil le moyen de le contraindre à se libérer, en obtenant contre lui une condamnation de la justice française. Mais, avant toute assignation, le débiteur a changé de patrie; il est devenu étranger. Sera-t-il en droit d'invoquer, pour se soustraire à la compétence des juges français, sa qualité nouvelle ? Oui, sans doute; aussi longtemps qu'il n'a pas formé sa demande, le créancier n'a aucun droit acquis à leur juridiction. Il en serait toutefois autrement, si le tribunal français avait été régulièrement saisi; en pareil cas, la naturalisation du défendeur, survenue en cours d'instance, ne saurait exercer aucune influence sur sa compétence, pas plus que ne le pourrait un changement de domicile.

Il a été jugé en ce sens :

1° Qu'un tribunal français ne doit tenir aucun compte d'une naturalisation obtenue à l'étranger par un Français contre lequel une demande en dation de conseil judiciaire a été régulièrement introduite, dans le seul but de se soustraire aux conséquences de cette demande.

2° Que l'action en contestation d'état, formée par un étranger contre un Français, ne peut être écartée par un déclinatoire d'incom-

pétence, lorsque le défendeur a acquis une nationalité étrangère postérieurement à l'assignation.

Mais la jurisprudence ne s'en tient pas là.

De crainte que la naturalisation accordée à un Français hors de nos frontières ne lui fournisse un moyen facile d'éluder sa loi nationale, de se dérober à ses prescriptions ou à ses prohibitions, elle a imaginé une théorie, en vertu de laquelle le changement de patrie est inopérant en France, dès que celui qui l'a sollicité ou réclamé s'est proposé d'atteindre un résultat que la loi française l'empêchait de réaliser, de faire *fraude* à cette dernière.

Il a été fait plusieurs applications de cette théorie à l'hypothèse suivante :

Deux époux français, dont le mariage était, avant 1884, soumis à la loi de l'indissolubilité (Loi du 8 mai 1816), se font tous deux naturaliser dans un pays où le divorce est autorisé, par exemple en Suisse, *dans le seul désir de dénouer leur union ;* puis, forts de leur statut personnel nouveau, ils font prononcer le divorce par les tribunaux de leur nouvelle patrie.

Et les tribunaux français de décider qu'un divorce obtenu dans de semblables conditions ne peut être invoqué sur le territoire français comme faisant fraude à la loi française.

Le système de la jurisprudence nous paraît dangereux et fécond en difficultés.

Du moment que, rompant avec la doctrine de l'allégeance perpétuelle, la législation française admet la liberté de l'émigration, elle est par cela même obligée de reconnaître à l'expatrié le bénéfice de son statut personnel nouveau. Refuser de lui tenir compte du divorce valablement prononcé à l'étranger entre lui et son conjoint également dénationalisé, c'est reprendre d'une main la liberté que la loi lui rend de l'autre, c'est ajouter à l'article 17-1°, et introduire dans notre législation des éléments nouveaux, sous prétexte de l'interpréter.

Comment d'ailleurs, et d'après quels caractères, sera-t-il possible de reconnaître une intention frauduleuse dans le fait du Français qui acquiert une nationalité nouvelle? Sera-t-il toujours facile de distinguer la naturalisation frauduleuse de celle qui ne l'est pas? La décision du juge sera souveraine et trop souvent arbitraire.

Et puis, si c'était commettre une fraude à la loi française que de se

faire naturaliser, sous l'empire de la législation de 1816, dans un pays qui admettait le divorce, pour arriver à la dissolution du mariage, il fallait également dire que le citoyen de ce dernier pays commettait une fraude à sa loi nationale, avant 1884, en se faisant naturaliser Français pour rendre son mariage indissoluble.

Nous repoussons donc sur ce point le système de la jurisprudence et nous croyons que, même obtenue dans le dessein d'éluder certaines prescriptions de la loi française, la naturalisation d'un Français à l'étranger peut être utilement invoquée sur notre territoire, sous la réserve de ce qui a été dit ci-dessus.

Le rétablissement du divorce en France, la nécessité d'un permis d'émigration imposée à ceux de nos nationaux qui n'ont pas encore satisfait aux obligations du service militaire actif, enlèvent d'ailleurs à notre solution la plupart des inconvénients qu'elle pouvait présenter autrefois et que la théorie de la *fraus legis* avait pour objet de prévenir. Peut-être cette théorie ne survivra-t-elle pas longtemps à la législation nouvelle?

Il nous reste à nous demander si la dénationalisation encourue par un chef de famille, dans les deux hypothèses que prévoit l'article 17-1° lui est rigoureusement personnelle, ou si elle s'étend à sa femme ou à ses enfants.

La question avait été discutée, sous le régime du Code civil de 1804; mais la jurisprudence, avec la majorité des auteurs, s'était prononcée pour le maintien à la femme et aux enfants, même mineurs, du Français naturalisé en pays étranger, de leur nationalité antérieure, alors bien que la loi étrangère aurait attribué à cette naturalisation un effet collectif.

La même règle doit être suivie, aujourd'hui encore, tout le monde le reconnaît, en ce qui concerne la femme et les enfants majeurs du ci-devant Français. Le législateur de 1889 a en effet marqué, dans le nouvel article 12 du Code civil, sa volonté de ne les associer au changement de nationalité du mari ou du père que s'ils en ont exprimé le désir.

Mais le système qu'il a adopté pour les enfants mineurs de l'étranger naturalisé Français, les déclarant eux-mêmes et de plein droit Français sous la condition résolutoire d'une option contraire formulée lors de leur majorité, ne commande-t-il pas une solution analogue pour les enfants mineurs du Français qui a acquis une nationalité

étrangère? ne faut-il pas dire qu'ils ont perdu en même temps que lui la qualité de Français.

La négative ne nous semble pas douteuse.

La législation de 1804, interprétée par la jurisprudence, restreignait, nous l'avons dit, à la personne du chef de famille les conséquences de son changement de patrie, aussi bien lorsqu'il acquérait une nationalité étrangère que lorsqu'il acquérait la qualité de Français. La nationalité dérivant d'un contrat, d'un accord de volontés, il avait paru légitime d'exiger de chaque intéressé un consentement personnel et individuel pour toutes les modifications qui pourraient lui être apportées.

La loi de 1889 a cru devoir renoncer à cette règle en ce qui touche les enfants mineurs de l'étranger *naturalisé* Français; mais elle l'a fait par un texte formel. Quant aux enfants mineurs du Français dénationalisé, elle les a passés sous silence; et ce silence même atteste qu'elle n'a pas entendu les soustraire à l'application normale des principes; n'étant pas compris dans l'exception nouvelle, ils demeurent soumis à la règle ancienne.

On conçoit à la rigueur que le législateur ait attaché un certain effet collectif à la naturalisation d'un étranger en France, persuadé qu'il était, d'une part, que la nationalité française constitue un avantage inappréciable et ne peut être que reçue avec gratitude par ceux auxquels elle est offerte, dominé, de l'autre, par le désir d'incorporer à la population française des éléments nouveaux. Dans tous les cas, cette incorporation n'est que provisoire pour le mineur; l'expression de sa volonté n'est que suspendue; devenu majeur, il a le droit de revenir, par une simple option, à sa patrie d'origine (C. civ., art. 12, § 3).

Ici, au contraire, il ne s'agit plus de donner à la France des citoyens et des soldats, il ne s'agit plus d'améliorer la condition du mineur, mais de le frapper d'une *capitis minutio*, d'une déchéance dont il ne lui appartiendrait pas d'arrêter plus tard les effets, puisque sa réintégration serait toujours subordonnée au bon plaisir du Gouvernement français (C. civ., art. 18). Il n'est pas possible de faire résulter une conséquence aussi grave, aussi contraire aux précédents législatifs et judiciaires, d'un simple sous-entendu!

Ainsi, ni la femme ni les enfants du Français qui acquiert une nationalité nouvelle, dans l'hypothèse prévue par l'article 17-1° du Code civil, ne perdent de plein droit la qualité de Français.

Remarquons néanmoins que, si telle est la règle, il arrivera parfois que la femme et l'enfant du ci-devant Français trouvent dans l'article 17-1° lui-même le moyen de s'y soustraire, dans le cas où la loi qui est désormais celle du chef de la famille ouvrirait à sa femme et à ses enfants *devenus majeurs et capables*, un droit d'option pour la nationalité étrangère. L'exercice de ce droit d'option, en les rendant étrangers, *sur leur demande par l'effet de la loi*, les relèvera valablement de l'allégeance française; mais jusqu'au jour où ils auront pu ou voulu y recourir, ils auront été Français.

Tel est d'ailleurs le système qu'avait déjà consacré, dans les rapports de la France et de la Suisse, le traité du 23 juillet 1879, sur lequel nous aurons à revenir. Son article 1er est ainsi conçu : « Les individus dont les parents, Français d'origine, se font naturaliser Suisses, et qui sont mineurs au moment de cette naturalisation, auront le droit de choisir, dans le cours de leur vingt-deuxième année, entre les deux nationalités française et suisse. *Ils seront considérés comme Français, jusqu'au moment où ils auront opté pour la nationalité suisse.*

Section II. — *Acceptation et conservation de fonctions publiques conférées par un Gouvernement étranger.*

C. civ., art. 17 : « Perd la qualité de Français : ..... 3° Le Français qui, ayant accepté des fonctions publiques conférées par un Gouvernement étranger, les conserve nonobstant l'injonction du Gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé. »

La loi française a dû supposer que le Français, devenu fonctionnaire étranger, a assumé de nouveaux devoirs incompatibles avec ceux dont il est tenu envers sa patrie d'origine. Celle-ci n'admet pas de partage et présume chez le Français expatrié la volonté de renoncer à la France, qu'il ne peut plus loyalement et utilement servir; et une semblable présomption, reposant sur l'intérêt public, n'admet aucune preuve contraire, dès que celui qu'elle atteint a, par un acte formel de désobéissance, donné la mesure de ses véritables sentiments.

Mais, pour que la dénationalisation soit encourue, quatre conditions doivent se trouver réunies :

a) Il faut que le Français soit *capable* de renoncer à la nationalité française.

b) Il faut qu'une Puissance étrangère lui ait conféré une *fonction publique*.

c) Il faut qu'il l'ait *acceptée*.

d) Il faut enfin qu'il l'ait *conservée*, nonobstant l'injonction du Gouvernement français de la résigner dans un délai déterminé.

a) *Première condition*.

Il faut que le Français soit *capable* de renoncer à la nationalité française.

De cette condition nous n'avons plus rien à dire. Les règles développées ci-dessus, relativement à la capacité requise chez le Français qui acquiert une nationalité étrangère par naturalisation ou par l'effet de la loi (C. civ., art. 17-1°), reçoivent en général leur application. Notons toutefois que l'autorisation gouvernementale dont celui-ci doit justifier, lorsque, par son âge, il est soumis aux obligations du service militaire actif, n'est pas ici de rigueur; le Gouvernement français a un moyen très simple de conserver à celui de ses nationaux qui s'est laissé investir de fonctions publiques à l'étranger, sa nationalité première, et de ne pas le dégager des devoirs qui en découlent; c'est de ne lui adresser aucune injonction d'avoir à résigner lesdites fonctions.

b) *Deuxième condition*.

Il faut qu'une Puissance étrangère ait conféré au Français une *fonction publique*.

L'intervention du Gouvernement étranger, se manifestant par un acte de nomination, est nécessaire; mais il importe de plus que la fonction dont il a revêtu le Français soit une *fonction publique*.

Cette observation exclut, croyons-nous, de l'application de l'article 17-3°, le service privé auprès d'un Chef d'État étranger, les titres, les distinctions purement honorifiques, les décorations obtenues par un sujet français en dehors de son pays, l'inscription d'un avocat à un barreau étranger, et de même tout emploi dans les bureaux administratifs qui n'est pas à la nomination du Gouvernement étranger.

Mais qu'est-ce exactement qu'une *fonction publique*, au sens de l'article 17?

La loi, pas plus après 1889 qu'avant, ne fait rien pour nous tirer d'embarras; elle se borne à poser le principe et laisse à la jurisprudence le soin d'en déduire et d'en diriger les applications.

La dénationalisation doit résulter, suivant nous, de l'acceptation

et de la conservation de fonctions *politiques*, *administratives* ou *judiciaires*, impliquant une participation quelconque à l'exercice de la puissance publique. C'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier si la fonction dévolue au Français présente ce caractère, et leur tâche, notamment lorsqu'il s'agira d'appliquer l'article 17-3°, aux fonctions sacerdotales[1], universitaires, diplomatiques ou consulaires, ne sera pas toujours exempte de difficultés.

c) *Troisième condition.*

Il faut que le Français ait *accepté* la fonction publique qui lui est conférée par une Puissance étrangère.

Le Français, en effet, ne peut perdre sa nationalité que par une manifestation de sa volonté, et son acceptation est à ce point de vue un élément de la plus haute importance. Elle ne suffit pas cependant à le dépouiller de sa patrie d'origine.

d) *Quatrième condition.*

Il faut *encore* que le Français ait *conservé* la fonction publique dont il a été revêtu à l'étranger, nonobstant l'injonction du Gouvernement français de la résigner dans un délai déterminé.

Le Code civil de 1804 exigeait, pour que la dénationalisation fût encourue, que l'acceptation par le Français de fonctions publiques à l'étranger n'eût pas été autorisée par le Gouvernement français.

Lors donc que l'autorisation de servir une Puissance étrangère avait été accordée par le Chef de l'État à un sujet français, il ne perdait pas sa qualité de Français. On considérait, d'une part, qu'en sollicitant cette autorisation, le Français avait fait acte de déférence envers le Gouvernement de son pays et affirmé la volonté de lui rester fidèle, de l'autre, qu'en l'accordant, ce dernier avait reconnu que l'exercice de fonctions étrangères n'était pas incompatible, dans le cas particulier, avec l'obéissance aux lois françaises. Le Français autorisé demeurait donc investi de tous les droits qui appartenaient aux Français et tenu de toutes les obligations qui leur incombaient. En cas de guerre entre la France et le pays au service duquel il s'était engagé, il devait revenir sur le territoire français, sous peine de confiscation des biens qu'il y possédait encore et de mort civile (Décret du 6 avril 1809, art. 22; Décret du 26 août 1811, art. 18).

Au contraire un sujet français avait-il accepté, sans l'autorisation de son Gouvernement, des fonctions publiques en pays étranger, il

[1] Le décret du 7 janvier 1808 attachait la dénationalisation à l'acceptation non autorisée du titre d'évêque *in partibus infidelium*.

cessait d'être Français, à compter du jour de son acceptation. Sa condition était même plus rigoureuse que celle de l'étranger ordinaire, puisqu'il encourait toutes les pénalités que le décret du 26 août 1811 (art. 25) avait édictées contre le Français naturalisé sans autorisation, et de plus, s'il était resté au service étranger en temps de guerre, les peines portées par le décret du 6 avril 1809 (mort civile et confiscation).

Aujourd'hui, le défaut d'autorisation n'emporte plus la dénationalisation du Français; elle n'est encourue que si, mis en demeure par le Gouvernement français de résigner dans un certain délai, la fonction publique qu'il exerce à l'étranger, il s'y est refusé. Il a paru au législateur de 1889 qu'il y avait rigueur inutile à faire découler la perte du droit de cité de l'acceptation de toute fonction publique à l'étranger, dès que le Gouvernement français ne l'avait pas autorisée. Peut-être est-ce par ignorance que le Français n'a pas demandé cette autorisation, qui ne lui aurait pas été refusée? Peut-être la fonction qui lui a été confiée n'implique-t-elle nullement des sentiments hostiles à la France, se concilie-t-elle parfaitement avec les devoirs dont il est tenu envers elle, et profite-t-elle même à l'influence française? On ne voit pas, en pareil cas, pourquoi l'omission d'une simple formalité aurait pour conséquence de le chasser d'une patrie qu'il n'a pas cessé d'aimer, au risque d'en faire un individu sans nationalité aucune. D'autre part, l'autorisation même est loin d'offrir toutes les garanties désirables. Au jour où il l'a accordée, le Gouvernement a pu se laisser tromper par les apparences; il a pu juger actuellement inoffensives pour les intérêts français des fonctions qui, bientôt peut-être, prendront un caractère différent; et le consentement initial qu'il a donné à leur acceptation le laisse entièrement désarmé.

Le nouvel article 17-1°, évite ce double écueil. L'injonction adressée au Français d'avoir à renoncer aux fonctions dont il est revêtu pour le compte d'une Puissance étrangère ne lui permettra pas d'ignorer la déchéance à laquelle il s'est exposé, et le mettra en mesure de se prononcer, en pleine connaissance de cause, entre sa patrie d'origine et le pays qu'il a accepté de servir. Et, de son côté, le Gouvernement français ne recourra qu'à bon escient à cette mise en demeure; mais il n'hésitera pas à y procéder, dès qu'il lui sera prouvé que l'exercice de fonctions étrangères par un de nos nationaux est nuisible aux intérêts de notre pays. Dans tous les cas, il appartiendra au Français sommé de résigner ces fonctions, d'établir devant

les tribunaux, seuls compétents pour statuer sur les questions de nationalité, que le mandat qu'il a accepté n'est pas de ceux que prévoit l'article 17-3° du Code civil, et que par suite le refus d'obtempérer à cette sommation n'a pu entraîner pour lui aucune déchéance.

SECTION III. — *Acceptation d'un service militaire à l'étranger, sans l'autorisation du Chef de l'État.*

C. civ., art. 17 : « Perd la qualité de Français : ... 4° Le Français qui, sans autorisation du Gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, sans préjudice des lois pénales contre le Français qui se soustrait aux obligations de la loi militaire. »

La disposition de l'article 17-4°, qui reproduit l'ancien article 21, § 1 du Code civil, ne fait nullement double emploi avec celle qui la précède. Dans l'hypothèse qu'elle prévoit, le seul défaut d'autorisation entraîne la perte de la nationalité française, tandis que le Français qui a reçu des fonctions civiles d'un Gouvernement étranger n'encourt la dénationalisation qu'autant qu'il aurait refusé de s'en démettre, sur la réquisition des autorités françaises. D'autre part, nous allons le voir, le Français qui a pris du service sous les drapeaux d'une Puissance étrangère se trouve placé, au point de vue du retour en France et de la reintégration, dans une situation moins avantageuse que ce dernier : *a*) il ne peut rentrer en France qu'avec l'assentiment du Chef de l'État; *b*) il ne peut recouvrer son ancienne nationalité qu'en se soumettant aux conditions ordinaires de la naturalisation (C. civ., art. 21), alors que le Français qui a perdu cette qualité par application de l'article 17-3° du Code civil, se prévaudra valablement pour l'acquérir à nouveau, des dispositions très favorables de l'article 18. Et rien n'est plus juste qu'une semblable inégalité. La loi a considéré avec toute raison que l'enrôlement d'un Français dans une armée étrangère, qui sera peut-être un jour appelée à combattre la France, est plus contraire au devoir civique et constitue une faute plus grave que le fait d'avoir accepté des fonctions purement civiles.

A quelles conditions la dénationalisation qui résulte de l'article 17-4°, pourra-t-elle être appliquée aux Français?

a) Il faut que le Français soit *capable* de changer de patrie.

b) Il faut qu'il ait pris du *service militaire* en pays étranger.

c) Il faut qu'il ait été incorporé dans une ***armée régulière.***

d) Il faut enfin qu'il n'ait pas obtenu à cet effet l'autorisation du Gouvernement Français.

a) ***Première condition.***

Il faut que le Français soit ***capable*** de changer de nationalité.

Nous appliquons purement et simplement à notre hypothèse le principe général que nous avons déjà plusieurs fois affirmé, à savoir que nul ne peut renoncer à sa patrie d'origine, si les lois de cette dernière ne lui en donnent la capacité.

L'acceptation d'un service militaire à l'étranger n'entraîne donc pour le ***mineur*** français aucun effet de dénationalisation. Toutefois cette solution a été et est encore aujourd'hui vivement contestée.

La perte de la qualité de Français, encourue par celui de nos nationaux qui devient le soldat d'une Puissance étrangère, ne dérive pas, a-t-on dit, d'une abdication volontaire de nationalité ; elle a un caractère pénal; elle est le châtiment d'un acte de félonie. Or, pourvu que le mineur ait agi avec discernement, il est responsable de ses délits devant la justice répressive (C. pén., art. 66 et s.); et, comme l'âge auquel on est admis à contracter un engagement militaire en pays étranger est généralement supérieur à seize ans et implique dès lors le discernement, suivant la loi française, il ne saurait se soustraire à l'application de l'article 17-4° :

Ce raisonnement ne nous satisfait pas.

La disposition de l'article 17-4°, n'a rien d'une disposition pénale; elle a trouvé place, non pas dans les textes du droit criminel, mais dans le Code de notre droit privé; et d'autre part elle renvoie précisément aux lois pénales relatives au Français qui se soustrait aux obligations de la loi militaire. L'antithèse ne saurait être mieux établie entre les effets civils du service militaire pris à l'étranger et ses conséquences pénales.

L'article 17-4°, repose, suivant nous, sur une présomption invincible de volonté. On doit supposer, en effet, que le Français, en s'enrôlant dans une armée étrangère et en se rendant ainsi volontairement incapable de servir la France avec efficacité, a entendu renoncer à sa nationalité d'origine; mais, pour qu'une semblable renonciation puisse être présumée chez lui, il est indispensable qu'il soit capable de vouloir.

Toutefois si, bien qu'entré au service pendant sa minorité, le Français y est encore le jour où il devient majeur aux termes de la loi

française (C. civ., art. 488), à ce moment même il perd sa nationalité primitive, à moins qu'une autorisation, survenue en temps utile, ne la lui conserve. Le fait de rester soldat étranger après sa majorité équivaut à un engagement et suffit, selon nous, à lui rendre applicable la disposition de l'article 17-4°.

b) *Deuxième condition.*

Il faut que le Français ait pris du *service militaire* en pays étranger.

Cette condition se trouvera remplie, soit que, porté par erreur sur les listes du recrutement dans le pays où il réside, le Français s'y soit soumis sans exciper de son extranéité, soit qu'il ait contracté un engagement volontaire. Dans l'un et l'autre cas, il a fait acte de volonté; il a manifesté, par son silence ou par l'engagement qu'il a souscrit, l'intention de renoncer à la nationalité française.

Par contre, le Français qui, par application d'une convention consulaire, subit passivement le service militaire en pays étranger, ne fait pas acte d'abdication de nationalité et par conséquent échappe à l'article 17-4° du Code civil, puisque c'est pour obéir aux stipulations consenties par le Gouvernement de son pays d'origine qu'il est entré dans l'armée étrangère; il y a dans les dispositions impératives du traité plus qu'une autorisation donnée par le Gouvernement français.

Et de même, il a été jugé à propos d'un Alsacien-Lorrain resté Français, qui avait été contraint de servir dans l'armée allemande, que la disposition du Code civil, aux termes de laquelle le Français qui a pris du service militaire à l'étranger perd sa nationalité ne lui enlève pas la qualité de Français[1].

Mais le Français qui, sans contracter d'engagement proprement dit dans une armée étrangère, y a été incorporé, à la suite d'un acte volontaire qui, tout en ne portant aucune atteinte à sa nationalité française au regard de nos lois, lui fait acquérir ou recouvrer une nationalité étrangère, ne serait évidemment pas fondé à décliner l'application de l'article 17-4°, sous le prétexte que son incorporation aurait été le corollaire implicite, la conséquence indirecte, non recherchée par lui, de son changement de patrie. C'était à lui à s'enquérir des lois militaires du pays auquel il s'est donné, à mesurer en temps utile la portée de l'acte qu'il a accompli; s'il est soldat étranger, c'est parce qu'il a voulu être étranger[2].

[1] Trib. civ. Lunéville, 28 mai 1889 (*Journal du dr. int. pr.*, 1890, p. 936).
[2] Cass. 4 février 1901 (*Le Droit* du 11 février 1901).

Il n'est pas rigoureusement nécessaire au demeurant, pour que la dénationalisation soit encourue par le Français dans les termes de l'article 17-4°, que le service militaire qu'il a accepté à l'étranger soit un service *effectif*. Cette condition n'est écrite nulle part dans la loi; et ce qui montre bien qu'elle ne découle pas davantage de son esprit, c'est que l'ancien article 21 du Code civil, dont notre texte s'est approprié jusqu'aux termes, assimilait au service militaire proprement dit l'affiliation à des corporations militaires étrangères, c'est-à-dire à des ordres de chevalerie, ayant un caractère plus honorifique que belliqueux; tels que l'ordre des Templiers, celui de Malte, ou l'ordre Teutonique. Si cette dernière disposition n'a pas trouvé place dans la législation nouvelle, cela tient à ce que les ordres qu'elle avait en vue ne sont aujourd'hui pour la plupart que des souvenirs historiques, mais elle conserve sa valeur interprétative.

Selon nous, le Français cesse donc de l'être, par cela seul qu'il appartient, à un titre quelconque et sans l'autorisation de son Gouvernement, à une armée étrangère, susceptible d'être mobilisée en cas de guerre, encore que son âge ou sa situation de famille lui aient valu une dispense d'appel ou de présence au corps en temps de paix. Dès qu'il est à la disposition de l'autorité militaire étrangère, il a *pris du service;* il ne peut plus être Français.

Dans tous les cas il est à peine besoin d'ajouter que, reposant sur la volonté du Français immatriculé dans une armée étrangère, le changement de nationalité lui est personnel et n'atteint, pas plus que celui résultant de la naturalisation acquise hors de France elle-même, les membres de sa famille.

c) *Troisième condition.*

Il faut que le Français ait été incorporé dans une ***armée régulière***. Et par là nous entendons toute armée reconnaissant l'autorité du Gouvernement légal dans le pays où elle est organisée, et destinée à combattre les ennemis du dehors.

L'enrôlement dans une milice bourgeoise étrangère n'entraîne pour le Français aucune déchéance. Cette milice, en effet, est chargée de veiller à la protection des citoyens, au respect de la loi, au maintien de l'ordre, auxquels tous les habitants, sans distinction de nationalité, sont également intéressés. La France elle-même incorporait autrefois dans la garde nationale les résidents étrangers.

Pour que le Français encoure la dénationalisation, il est nécessaire, d'autre part, que l'armée étrangère dans laquelle il a pris du service

reconnaisse l'autorité du Gouvernement légal du pays où elle s'est formée. Si donc il s'est engagé dans une bande insurrectionnelle, dans une troupe aux gages d'un prétendant ou d'un parti, il ne perd pas pour cela la qualité de Français; il en serait de même, selon nous, s'il n'avait prêté son concours à un Gouvernement étranger qu'en vue de réprimer une insurrection.

d) *Quatrième condition.*

Il faut que le Français incorporé dans une armée étrangère n'ait pas obtenu à cet effet l'*autorisation du Gouvernement français.*

Ni la loi du 26 juin 1889, ni le décret réglementaire du 13 août suivant, qui en a fixé le sens et réglé les détails d'exécution, ne déterminent les formes dans lesquelles cette autorisatien doit être donnée. Mais, si l'on interroge les précédents que la législation nouvelle a sans doute entendu respecter, on peut dire que, pour soustraire le Français à l'application de l'article 17-4°, elle doit être *individuelle* et *expresse* et avoir *précédé* le moment où le Français, *capable,* a pris du service à l'étranger.

1° L'autorisation doit être *individuelle.* Il ne suffirait donc pas qu'un Gouvernement étranger demandât et obtînt de la France une autorisation générale pour tous les Français qui veulent entrer à son service; il faut que chacun d'eux, en accomplissant une démarche personnelle, fasse acte de déférence et de soumission envers sa patrie [1].

2° L'autorisation doit être *expresse* [2]. Cette condition résultait déjà des articles 2 et 19 du décret du 26 août 1811, lesquels exigeaient des lettres patentes, dressées par le ministre de la Justice, insérées au *Bulletin des Lois* et enregistrées à la Cour d'appel du dernier domicile de l'intéressé. Mais les formes de l'autorisation avaient, sous l'influence des événements politiques, subi en cette matière, comme dans le cas de naturalisation à l'étranger, quelques modifications importantes. D'une lettre du ministre de la Justice, en date du 4 mai 1859, il ressort que la demande d'autorisation doit être rédigée sur papier timbré et indiquer, d'une part, le nom de la Puissance que le Français se propose de servir, de l'autre, la nature du service auquel

[1] Une autorisation collective résultait cependant du décret du 28 août 1866 pour tous les Français qui voudraient s'enrôler dans la Légion romaine au service du Pape.

[2] Cf. cependant Paris, 8 février 1845 (Sirey, 1847. 1. 366, sous Cass., 5 janvier 1847).

il doit être appelé. Cette demande, à laquelle doit être joint un extrait de l'acte de naissance du postulant, est remise au préfet de son département, qui la transmet au garde des Sceaux, et il y est fait droit, s'il y a lieu, par un *décret* du Chef de l'État, qui est inséré au *Bulletin des Lois*, et dont une ampliation est délivrée à l'intéressé, après le paiement ou la remise gracieuse des droits de chancellerie et de sceau qui s'élèvent à 660 fr. 35.

Le Français qui a pris du service militaire à l'étranger doit donc, s'il prétend avoir conservé sa nationalité, et que celle-ci lui soit contestée, justifier de l'autorisation qu'il dit lui avoir été accordée ; et la preuve résultera en général de la production de l'ampliation du décret rendu en sa faveur; mais cette production n'est pas toujours de rigueur. Il a été jugé que le Français qui ne représente pas le décret d'autorisation doit être présumé l'avoir obtenu, lorsqu'il a servi dans une armée où les règlements en vigueur au jour de son incorporation défendaient d'admettre un étranger non autorisé par le Gouvernement de son pays d'origine; son admission même ne permet pas de douter qu'il se soit mis en règle avec ce dernier.

3° L'autorisation doit *précéder* le moment où le Français, *capable*, prend du service militaire à l'étranger. En effet, l'article 17-4°, lorsqu'il dit que « le Français qui, *sans autorisation*, *prend du service militaire chez l'étranger*, perd la qualité de Français », suppose nécessairement que l'autorisation doit être antérieure à l'enrôlement. L'acceptation d'un service militaire non autorisé fait perdre *hic et nunc* la nationalité française, et il ne dépend pas d'une autorisation tardive de *conserver* une qualité qui a cessé d'exister ou de *restituer* celle que le Français a perdue : la loi détermine *limitativement* les conditions qu'il devra remplir pour redevenir Français [1], et elle ne dit rien d'une autorisation postérieure, de quelques années peut-être, à la naturalisation. Mais ceci implique évidemment que le Français a été *capable*, au jour de son enrôlement. Si à ce moment il était mineur de vingt et un ans, il n'a pas perdu la nationalité française, et pour la conserver, il lui suffira d'obtenir, pour l'époque où il deviendra majeur, l'autorisation du Chef de l'État; alors seulement, en effet, son inaction volontaire pourrait être considérée comme une abdication de nationalité.

[1] C. civ., art. 21 : « Le Français qui, sans autorisation du Gouvernement, prendrait du service militaire à l'étranger, *ne pourra....* recouvrer la qualité de Fran-

SECTION IV. — *Commerce et possession d'esclaves.*

En décrétant l'abolition de l'esclavage dans toute l'étendue des possessions françaises, le Gouvernement républicain de 1848 crut devoir prendre les mesures nécessaires pour que les Français établis à l'étranger ne contrevinssent pas, en achetant ou en possédant des esclaves, aux prescriptions nouvelles. Peut-être eût-il été possible d'édicter contre eux quelque disposition répressive[1]? Mais alors la loi du 27 juin 1866 n'avait pas encore été votée, et le principe de la territorialité de la loi pénale ne recevait dans nos Codes que de bien rares exceptions. On préféra considérer le fait d'acquérir ou de posséder des esclaves comme incompatible avec la conservation de la nationalité française, avec l'obéissance à une législation qui, basée sur la liberté et l'égalité, répudie toute distinction de race ou de couleur. Le décret du 27 avril 1848 (art. 8, § 1) défend à tout Français de posséder, d'acquérir, de vendre des esclaves ou de participer, même indirectement, au trafic de la chair humaine, sous peine de perdre sa nationalité, et ce même article, dans son § 2, ouvre à nos nationaux un délai de trois ans pour se défaire des esclaves qu'ils auraient pu posséder au jour de la promulgation du décret, ou acquérir postérieurement par donation, succession ou contrat de mariage.

Le décret de 1848 condamnait à une ruine prochaine tous les industriels et colons français qui, dans les pays d'esclavage, voudraient demeurer Français, et, par la rétroactivité attachée à ses dispositions, méconnaissait leurs droits acquis. Cette exagération même rendait son application difficile. Aussi plusieurs tempéraments lui furent-ils successivement apportés, d'abord par la loi du 11 février 1851, qui élève à dix ans le délai accordé aux propriétaires d'esclaves pour les aliéner, ensuite par la loi du 28 mai 1858, qui excepte des dispositions antérieures le Français qui aurait possédé des esclaves avant 1848, ou qui, depuis cette époque, en aurait acquis par donation, succession ou convention matrimoniale.

La loi du 26 juin 1889 n'a en rien modifié ces dispositions. Le

çais *qu*'en remplissant les conditions imposées à l'étranger pour obtenir la naturalisation ordinaire. »

[1] En Angleterre, il existe une loi du 24 août 1843 qui, à part quelques exceptions, frappe d'une amende de 100 livres sterling les sujets de la Reine qui possèdent des esclaves en dehors des colonies anglaises. Cogordan, *op. cit.*, 2e édit., p. 303.

commerce et la possession d'esclaves entraînent donc aujourd'hui encore la perte de la qualité de Français[1].

TITRE II.

Influence du mariage sur la nationalité de la femme.

Si toute personne, quel que soit son sexe, quelle que soit la place qu'elle occupe dans la famille, a le droit d'avoir une nationalité, et le droit d'en changer, en se conformant aux règles établies par la législation dont elle relève, il est désirable que plusieurs nationalités ne coexistent pas au même foyer. La bonne intelligence entre époux, la gestion des intérêts communs du ménage souffriraient de la diversité des patries. Aussi le législateur a-t-il le devoir, tout en ne portant aucune atteinte à la liberté d'expatriation, tout en respectant l'individualité de chacun de ceux qui composent la famille, d'établir entre eux l'harmonie initiale, au jour où cette famille se fonde, au jour du mariage. Le mariage doit donner aux époux une patrie commune; et cette patrie ne peut pas être celle de la femme, puisqu'elle doit obéir à son mari et le suivre dans tous ses changements de résidence (C. civ., art. 213 et 214); ce sera toujours celle du mari lui-même, auquel la nature et la loi confèrent l'hégémonie domestique. La femme emprunte le nom et le domicile de son mari. Pourquoi n'emprunterait-elle pas aussi sa nationalité?

La loi du 26 juin 1889 a maintenu, à peu de chose près, sur ce point les décisions du Code civil de 1804. Si d'une part elle attribue la nationalité française à la femme étrangère qui épouse un de nos nationaux (C. civ., art. 12, § 1), de l'autre elle dénationalise, sauf dans un cas exceptionnel, la Française qui est devenue l'épouse d'un régnicole étranger (C. civ., art. 19).

Examinons séparément chacune de ces deux hypothèses.

SECTION I. — *Une femme étrangère épouse un citoyen français.*

C. civ., art. 12, § 1 : « L'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari. »

[1] Grenoble, 20 juin 1891 (*Journal du dr. int. pr.*, 1891, p. 1232).

Ainsi, par le seul fait de son mariage avec un Français, la femme étrangère acquiert la qualité de Française; elle l'acquiert, non par une naturalisation, mais par l'effet de la loi, en dehors de toute intervention gouvernementale ou administrative.

Mais comment conciliera-t-on la disposition de l'article 12 avec le principe qui fait de la nationalité un lien contractuel entre le citoyen et l'État? Ce principe n'est-il pas violé par la règle administrative qui attribue *ipso jure* à la femme étrangère la nationalité de son mari français?

Il est facile de voir qu'il n'en est rien. Le consentement en effet est un élément essentiel à la validité du mariage. « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement » (C. civ., art. 146). La femme qui consent à son mariage sait à quoi elle s'engage; elle sait qu'en se donnant à un époux français, elle renonce à sa patrie d'origine, et c'est à elle qu'il appartient de mettre en balance dans son esprit le sentiment qui la pousse au mariage et l'attachement qu'elle porte à cette patrie. En consentant au mariage, elle consent donc en même temps à changer de nationalité; il y a là une présomption de volonté, qui laisse intacte la nature contractuelle de la nationalité. Mais cette présomption posée par la loi dans l'article 12 est-elle invincible?

Dans un *premier système*, qui a pour lui un ensemble d'autorités imposantes, on raisonne de la manière suivante : La loi a attribué à la femme la nationalité de son mari, parce qu'elle a considéré que l'unité de patrie entre les époux est conforme à la nature du mariage. La disposition de l'article 12, disait Boulay dans son *Exposé des motifs*, « est fondée *sur la nature même du mariage*, qui de deux êtres n'en fait qu'un, en donnant la prééminence à l'époux sur l'épouse ». Et qui oserait prétendre que les époux sont maîtres de changer, par leurs conventions particulières, la nature du mariage, en l'empêchant de produire ses conséquences essentielles? L'article 12 est une véritable disposition d'*ordre public*, disposition impérative, à laquelle les futurs époux ne sauraient déroger (C. civ., art. 1388). La femme ne pourra donc se réserver, lors de la célébration du mariage, sa nationalité d'origine.

Un *deuxième système* permet à la femme de se soustraire à la nationalité de son mari[1]. En effet la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître

[1] Blondeau, dans la *Revue de droit français et étranger*, 1845, p. 143.

que la femme ne participe pas nécessairement aux changements de nationalité acceptés ou subis par son mari; et le nouvel article 12, § 2 du Code civil, dont nous avons déjà analysé la disposition, est venu consacrer leur opinion. Il peut ainsi se faire que, pendant le mariage, les deux époux n'aient pas la même nationalité. Pourquoi ce qui, dans ce cas, n'est pas considéré comme contraire à l'*ordre public* et à la *nature du mariage* le serait-il dans l'hypothèse qui nous occupe? On peut donc écarter l'objection tirée de l'ordre public, et l'on reste en présence de ce principe que la nationalité repose sur un accord de volontés. La volonté existe dans le mariage; mais c'est sur l'individualité tout entière de l'époux, et non sur sa nationalité, qu'elle porte principalement. Il est naturel qu'en l'absence d'une déclaration formelle, le législateur, s'inspirant aussi bien de l'intérêt du ménage que de l'intention probable de la femme, présume que cette dernière a voulu se rattacher à la patrie de son mari; mais ce n'est là qu'une présomption qui doit céder devant la manifestation d'une volonté contraire. S'il en était autrement, la femme pourrait aisément d'ailleurs éluder la contrainte de la loi, en sollicitant dès le lendemain du mariage, avec l'assentiment de son mari, sa réintégration dans son pays d'origine (C. civ., art. 17-1°); et ainsi l'article 12 serait impunément violé : l'unité de nationalité n'aurait existé qu'un instant.

Malgré ces raisons qui nous paraissent excellentes en législation, la doctrine et la jurisprudence étaient absolument fixées dans le sens de la première opinion, sous le régime du Code civil de 1804; et elles ne semblent pas vouloir y renoncer. La rédaction de l'article 12 n'a en effet subi sur ce point aucun changement en 1889; et elle paraît bien donner raison à ceux qui imposent dans tous les cas à la femme étrangère un changement de patrie, à la suite de son mariage avec un Français.

Occupons-nous maintenant :

1° Des *personnes* auxquelles s'applique l'article 12, § 1 ;

2° Des *conditions* auxquelles il subordonne l'acquisition de la nationalité française;

3° Des *effets* de cette acquisition.

1° *A quelles personnes s'applique l'article 12, § 1 du Code civil?*

Toute femme *étrangère* qui épouse un Français devient Française.

On s'est demandé si une femme qui aurait perdu la qualité de

Française, pour quelque cause que ce soit, peut invoquer le bénéfice de cette disposition. Voici l'hypothèse : Une Française a obtenu sa naturalisation en pays étranger; ou bien elle a épousé en premières noces un sujet étranger : dans ces deux cas elle a cessé d'être Française, d'une part par application de l'article 17-1° du Code civil, de l'autre par l'effet de l'article 19. Plus tard, dégagée de tous liens antérieurs, elle contracte mariage avec un Français. Ce mariage la rendra-t-il Française, ou sera-t-elle obligée, pour recouvrer cette qualité, de recourir au droit commun?

Cette dernière solution a été admise par M. Charles Beudant[1]. Les articles 18 et 19 déterminent exclusivement, dans l'opinion de notre savant maître, les conditions et les formalités de la réintégration d'un ci-devant Français dans son ancienne nationalité; et ce serait ajouter à la loi que de permettre à la femme, autrefois Française, de le redevenir par l'unique effet d'un mariage. En d'autres termes, l'article 12 ne s'applique qu'à la femme *étrangère d'origine et n'ayant jamais cessé de l'être;* les articles 18 et 19 sont seuls applicables à la *ci-devant Française.*

La doctrine de M. Beudant nous paraît très contestable. Les articles 18 et 19, laissant de côté l'hypothèse particulièrement favorable d'un mariage, et statuant sur le *plerumque fit,* se sont proposé d'établir un bénéfice au profit des Français qui ont renoncé à leur patrie d'origine, et de les admettre à la recouvrer, en dehors des formes et des conditions de la naturalisation ordinaire. Article 18 : « Le Français qui a perdu sa qualité de Français *peut* la recouvrer, pourvu que, etc. ». Mais, à côté de la faveur, de l'exception, le droit commun de l'article 12 subsiste, et s'appliquant *même* aux femmes d'origine étrangère, il doit être à plus forte raison ouvert à la femme ci-devant Française qui manifeste le désir de renoncer à l'exception pour s'en tenir à la règle. On ne saurait invoquer, pour l'en exclure, une faveur qu'elle est libre de refuser.

2° *A quelles conditions l'article 12, § 1, subordonne-t-il l'acquisition de la nationalité française?*

Deux conditions sont à la fois nécessaires et suffisantes pour que la femme, étrangère d'origine, devienne Française à la suite de son union avec un Français :

[1] Ch. Beudant, *De la naturalisation,* n° 72, *in fine.*

a) Il faut qu'elle soit *capable* de contracter mariage;

b) Il faut que son mariage soit *valable;*

a) *Première condition.*

Il faut que la femme étrangère soit *capable* de contracter mariage.

De droit commun, nul ne peut changer de patrie, s'il n'est majeur. Or la minorité n'étant pas un obstacle au mariage dans la plupart des législations, il s'ensuit qu'une femme mineure, c'est-à-dire incapable, pourra se trouver dénationalisée par application de l'article 12. Cette dérogation aux principes généraux qui gouvernent la matière de la nationalité est facile à justifier. Le changement de patrie qui atteint la femme est une conséquence, un effet civil de son mariage, et, lorsqu'elle est reconnue par la loi capable de le contracter, elle est par cela même capable de passer, expressément ou tacitement, toutes les conventions matrimoniales qui en réglementent les effets (C. civ., art. 1398). *Habilis ad nuptias, habilis ad consequentias nuptiarum.*

L'article 12 d'ailleurs ne distingue pas.

Est-il au surplus besoin d'ajouter que c'est d'après la loi personnelle de la femme, qui se confond le plus souvent avec sa loi nationale, que devra être appréciée sa capacité au point de vue du mariage? Si cette loi l'autorise à prendre un époux à l'âge de douze ans, l'union ainsi formée avec un Français lui donnera la nationalité française, encore que nos lois aient fixé à quinze ans révolus seulement l'âge requis chez la femme pour le mariage (C. civ., art. 144).

Et c'est également la loi étrangère qui désignera les personnes dont l'assistance, en l'habilitant au mariage la rendra capable de changer de patrie.

b) *Deuxième condition.*

Il faut que le mariage contracté par la femme étrangère soit *valable.*

Si ce mariage est entaché d'une nullité absolue, radicale, qui l'a empêché de se former, parce qu'il lui manque une condition substantielle, en un mot s'il appartient à la catégorie des actes *inexistants*, il est évident que la dénationalisation n'a pu se produire; *il n'y a pas eu mariage*, et dès lors l'article 12 du Code civil est entièrement inapplicable.

Si la nullité qui l'affecte est simplement *relative*, le mariage produira ses effets tant qu'elle n'aura pas été judiciairement prononcée; mais le jugement d'annulation, en faisant tomber ce mariage, même

rétroactivement, rend à sa femme sa nationalité étrangère qu'elle est réputée n'avoir jamais perdue.

Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, il peut se faire que la femme dont le mariage n'est pas valable invoque le bénéfice de l'article 12. Supposons en effet qu'elle ait contracté de bonne foi ce mariage, que la loi déclare nul ou annulable, il y a *mariage putatif*, et même après que la nullité en aura été dûment constatée ou prononcée, il continuera à sortir tous ses effets civils au regard de la femme (C. civ., art. 201 et 202), qui conservera ainsi, pour peu qu'elle le désire, la nationalité française.

3° *Quels sont les effets de l'article 12, § 1 du Code civil.*

La femme étrangère devient Française par le seul fait de son mariage avec un Français ; et elle le devient à compter seulement de son mariage. L'effet ne saurait précéder la cause.

Si l'effet que l'article 12 fait résulter du mariage d'une femme étrangère avec un citoyen français ne peut en principe remonter au delà de ce mariage, pourra-t-il au moins lui survivre? Nous avons déjà vu que l'annulation du mariage rend à la femme sa nationalité première, à moins qu'elle n'ait ignoré le vice dont il était entaché. En sera-t-il de même de la dissolution du mariage amenée par la mort du mari ou par le divorce? Encore que la loi ne s'en explique pas formellement, la négative ne nous paraît pas douteuse. Le Code civil détermine avec un soin minutieux les moyens de perdre la nationalité française; il ne dit rien du veuvage et du divorce, et son silence est très naturel. La femme étrangère, en épousant un Français, a manifesté la volonté de devenir Française; elle l'est devenue par le bienfait de la loi ; et rien, si ce n'est une volonté contraire formellement exprimée dans les formes prévues par l'article 17, ne peut faire présumer qu'elle ait entendu y renoncer. Les enfants nés de son mariage sont et demeurent Français comme leur père ; rendre à la veuve ou à la femme divorcée la nationalité étrangère *ipso jure*, ce serait donc rompre nécessairement l'unité de la famille, et souvent faire une femme sans patrie, dans le cas où son pays d'origine refuserait de l'accueillir.

De même, la femme devenue Française par application de l'article 12, § 1, conserve, dans notre opinion, sa nationalité nouvelle, quelques changements que puisse recevoir celle du mari au cours du mariage. Elle a entendu se rattacher à la patrie dont relevait ce der-

nier, lors de la célébration, et non à toutes celles qu'il lui plaira d'adopter par la suite.

Enfin, nous estimons que la nationalité française acquise par la femme étrangère, comme conséquence de son mariage avec un Français, lui est rigoureusement personnelle et ne réagit en aucune manière sur la condition des enfants nés d'elle antérieurement à ce mariage.

Section II. — *Une femme française épouse un sujet étranger.*

C. civ., art. 19, § 1 : « La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, *à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas elle reste française* ».

Ce texte, qui forme la contre-partie de l'article 12 que nous venons d'étudier, et qui s'inspire visiblement des mêmes motifs, renferme une *règle* et une *exception.*

La règle seule avait trouvé place dans l'ancien article 19. Le Code civil de 1804 se contentait de dire qu' « une femme française qui épousera un étranger *suivra la condition de son mari* » ; mais il avait oublié de prévoir le cas où la loi du mari aurait refusé d'associer cette femme à sa nationalité, ainsi qu'il arrivait en Angleterre avant le statut du 6 août 1844. Quelle était, en pareille occurrence, au regard de la loi française et des tribunaux français, la situation juridique de la nouvelle épouse?

Dans un premier système, qui s'autorisait des termes de l'article 19, on prétendrait la traiter comme ayant la même patrie que son mari, mais seulement dans l'étendue du territoire sur lequel la loi française exerce son empire. Que la législation étrangère ne lui reconnaisse pas cette nationalité, peu importe! disait-on ; nous n'avons pas à nous préoccuper de ce qui se passe de l'autre côté de nos frontières ; mais en France, partout où l'article 19 du Code civil s'applique, il faut dire que la femme française « a suivi la condition de son mari », et que son état et sa capacité sont désormais régis par la loi personnelle de ce dernier (arg. C. civ., art. 3, § 3). L'article 19 était donc à la fois *dévestitif* et *investitif* de nationalité.

Dans une autre opinion, moins conforme peut-être à la lettre de l'article 19, mais qui s'accordait mieux avec les principes généraux de la matière, on raisonnait de la manière suivante : La femme française qui épouse un étranger n'est plus Française, cela est hors de

doute, en présence de l'article 19. La loi, considérant que les devoirs que son mariage lui impose seront le plus souvent incompatibles avec ses devoirs de Française, et voyant dans ce mariage une renonciation tacite, lui retire sa nationalité d'origine : c'est tout ce qu'elle peut faire. Mais, lorsqu'il s'agit d'attribuer à cette femme, qui n'est plus Française, une condition nouvelle, le législateur français est absolument incompétent. Dira-t-on que la nationalité nouvelle qui lui sera conférée ne sera que fictive et n'aura d'effet que sur le territoire français? mais les fictions légales sont rares et ne doivent pas être présumées à la légère. Et l'on en concluait qu'à moins d'une naturalisation obtenue au dehors, la femme française, devenue l'épouse d'un étranger, ne devait être regardée chez nous comme investie de la nationalité de son mari, qu'autant que la loi personnelle de ce dernier aurait elle-même attaché au mariage un effet attributif de nationalité; dans le cas contraire, elle ne pouvait être considérée en France que comme une *étrangère sans patrie certaine.*

Ainsi, l'ancien article 19, quelque interprétation qu'il dût recevoir, aboutissait à des conséquences également regrettables : ou bien il donnait à la femme une double nationalité; ou bien il la laissait sans patrie.

Le législateur de 1889 a heureusement pourvu à cette situation, ainsi que l'avaient déjà fait le Code civil portugais (art. 22-4°), le Code civil italien (art. 14), et la loi mexicaine de 1886 (art. 2, IV), en exigeant, pour que la dénationalisation de la femme française se produise à la suite de son mariage avec un étranger, que la loi dont ce dernier relève établisse entre eux l'unité de patrie.

Désormais, la femme française qui épouse un étranger ne perdra donc la nationalité française qu'autant que trois conditions se trouveront réunies :

a) Il faut qu'elle soit *capable ;*

b) Il faut que son mariage soit *valable ;*

c) Il faut que ce mariage lui confère la *nationalité de son mari.*

a) *Première condition.*

Il faut que la femme soit *capable.*

Et la capacité exigée d'elle est, ici comme dans l'hypothèse précédente, non pas celle qui, de droit commun est nécessaire pour tout changement de patrie, mais la capacité requise pour le mariage par sa loi nationale, par la loi française. Une mineure pourra donc, dès l'âge de quinze ans (C. civ., art. 144), et même avant cet âge, si elle a ob-

tenu une dispense (C. civ., art. 145), renoncer à la nationalité française, en se donnant à un époux étranger.

b) *Deuxième condition.*

Il faut que le mariage soit *valable.*

Le changement de nationalité qui en résulte pour la femme est subordonné à la perfection de l'union qu'elle a formée. La nullité du mariage entraîne pour elle la restitution rétroactive de sa qualité antérieure, sauf l'exception résultant des règles du *mariage putatif*, dans les cas où il lui sera possible de les invoquer. Au surplus, pour apprécier si le mariage est valable, c'est à la loi qui gouverne sa formation qu'il convient de se reporter, conformément aux principes du droit international privé; c'est à elle de dire si ses prescriptions ont été violées.

c) *Troisième condition.*

Il faut que le mariage confère à la femme française la *nationalité de son mari.*

Si donc la législation du pays auquel appartient le mari refuse au mariage toute influence sur la nationalité de la femme, celle-ci n'aura pas perdu la qualité de Française, et elle continuera à être investie dans sa patrie d'origine de tous les droits qui découlent de cette qualité.

Il en sera de même, pensons-nous, si le mari n'a pas de nationalité déterminée. Le but de l'exception introduite dans l'article 19 est de tarir une des sources de l'*heimathlosat*; et ce serait le méconnaître que d'associer la femme française à la condition si précaire de son mari, que de la dépouiller de sa nationalité sans lui en donner une autre en échange.

Les effets du changement de nationalité opéré en vertu de l'article 19 ne diffèrent pas de ceux que nous avons étudiés à propos de l'article 12; comme dans l'hypothèse précédente, ils se limitent à l'avenir et ne rejaillissent pas sur les enfants de la femme. La loi d'ailleurs a pris soin, nous le verrons bientôt, de faciliter à cette dernière le retour à la patrie française.

TITRE IV

Influence des annexions et cessions de territoire sur la nationalité des habitants.

Nous étudierons, sous ce titre :

a) L'influence que les principes généraux du droit international

commandent d'attribuer aux annexions et cessions de territoire sur la nationalité des habitants;

b) L'histoire des annexions et cessions antérieures à 1815;

c) Les stipulations des principaux traités conclus par la France depuis cette époque.

Généralités. — Tout démembrement de territoire est et doit être une cause d'acquisition et de perte de la nationalité.

A première vue, il paraît difficile qu'il en soit ainsi. On s'accorde en effet, généralement, à reconnaître que la nationalité n'est plus, comme à l'époque féodale, une dépendance du sol habité, mais qu'elle résulte d'un contrat formé et entretenu par la volonté de l'État et par celle du citoyen. Or ce contrat, cet accord de volontés, un remaniement territorial le laisse debout et n'y porte par lui-même aucune atteinte directe.

Nous répondrons qu'il est hors de doute qu'une cession de territoire ne peut définitivement imposer une nationalité nouvelle à qui n'en veut pas. Les habitants de la province démembrée sont libres de demeurer attachés à leur patrie d'origine, mais l'État cessionnaire a le droit strict de leur interdire un séjour dangereux pour l'ordre de choses nouveau et d'exiger que tous les sujets de l'État cédant qui prétendent conserver leurs anciens rapports avec le sol annexé reconnaissent son autorité. Autrement, il n'y acquerrait qu'une souveraineté matérielle et nominale, et, en présence d'habitants obéissant à un Gouvernement étranger et à des lois étrangères, ses droits seraient le plus souvent réduits à l'impuissance; le but de l'annexion serait manqué. Le droit qui appartient à l'individu de choisir sa patrie se heurte donc à l'intérêt de l'État annexant; et le seul moyen de les concilier consiste à attacher à toute modification territoriale un effet immédiat de dénationalisation, sauf aux personnes dont elle affecte la condition à décliner l'allégeance de la Puissance cessionnaire, par une manifestation non équivoque de leurs sentiments.

Ainsi, dans notre opinion, les *habitants* de la province cédée, et nous verrons tout à l'heure ce qu'il faut entendre par là, deviennent, à compter de sa séparation, quel que soit leur sexe ou leur âge, sujets de l'État annexant, sous la condition résolutoire d'une option contraire.

Demandons-nous maintenant:

1° Quelles personnes doivent subir la dénationalisation résultant d'une cession de territoire;

2° A quelles conditions il doit leur être permis de s'y dérober.

1° *Quelles personnes doivent subir la dénationalisation résultant d'une cession de territoire?*

Mettons tout d'abord à part une nombreuse catégorie d'habitants. Il n'est pas douteux que la cession d'une province ne peut modifier l'état des sujets d'une tierce Puissance, qui y ont leur domicile ou leur résidence. Le traité conclu entre l'État cédant et l'État cessionnaire est pour eux *res inter alios acta,* puisqu'ils n'y ont pas été représentés; et l'État cessionnaire n'a contre eux d'autre arme que le droit d'expulsion qui lui appartient contre tout étranger. Les *sujets de l'État démembré*, qu'un lien quelconque rattache au territoire cédé, sont donc seuls susceptibles d'en subir les conséquences.

Mais ce lien, de quelle nature et de quelle force doit-il être?

Divers systèmes ont été proposés à cet égard, qui tous ont pour base soit le *domicile*, soit l'*origine*, soit ces deux éléments combinés entre eux. Il importe de les mettre en présence.

Premier système. — Domicile.

Tout sujet de l'État cédant, qui est *domicilié* au jour de l'annexion sur le territoire séparé, appartient désormais à la nationalité de l'État cessionnaire : et ce changement de patrie résulte, dit-on, d'une double présomption de volonté.

Les vues de l'État cessionnaire ne se trouveront réalisées que par l'incorporation de ceux qui ont leur domicile sur le sol annexé. Ce que cet État veut obtenir, c'est que ses possessions ne soient pas désormais habitées par des étrangers, rebelles à sa domination et fidèles aux souvenirs du passé; et pour cela il est indispensable d'attribuer sa nationalité à tous ceux qui sont établis avec quelque fixité sur le sol annexé, quel que soit d'ailleurs le lieu de leur naissance ou leur filiation. Peu importe au conquérant que les originaires du pays cédé, qui l'ont abandonné pour se fixer au loin et qui n'y reviendront peut-être jamais, conservent l'allégeance de leur ancienne patrie.

D'un autre côté, l'individu domicilié sur le territoire annexé y a des intérêts nombreux, que la cession respecte; et c'est bien connaître la nature humaine que de supposer chez lui, à moins d'une affirmation contraire de volonté, l'intention d'accepter l'état de choses nouveau. L'originaire de la province cédée, qui n'y a pas conservé son domi-

cile, échappe à cette présomption. Comment croire, en effet, qu'il ait entendu faire dépendre sa nationalité des changements qui pourront être apportés dans la suite à l'organisation politique et administrative d'un territoire auquel ne l'attache plus aucun intérêt matériel?

Deuxième système. — Origine.

Ce système confère la nationalité de l'État annexant à tous les sujets de l'État cessionnaire *nés sur le territoire annexé*, quel que soit leur domicile au jour du traité de cession.

En effet, dit-on, attribuer au domicile quelque influence sur la nationalité, c'est ressusciter la doctrine féodale qui fait de l'homme une dépendance de la terre qu'il habite. Aujourd'hui c'est par l'intérêt des populations que l'on cherche ordinairement à justifier un agrandissement de territoire. On ne cède plus telle province; on cède tant d'*âmes*, et accessoirement le territoire où elles vivent. Aussi faut-il, pour déterminer quels sont les individus que l'annexion doit atteindre dans leur nationalité, regarder à autre chose que la relation variable et passagère établie par le domicile entre la personne et le lieu de son habitation; or le seul lien indestructible entre l'homme et la terre, le seul qui soit assez persistant et assez fort pour lui en faire partager les vicissitudes, c'est la naissance sur le sol, c'est l'*origine*.

Troisième système. — Domicile *ou* origine.

Un troisième système a cru pouvoir concilier les deux opinions dont l'exposé précède, en faisant à chacune sa part. L'annexion atteindrait, suivant ceux qui le professent, aussi bien les personnes qui sont *originaires* du territoire cédé, sans y avoir leur domicile, que les *domiciliés* non originaires. Mais il faut remarquer que, si cette doctrine peut invoquer simultanément en sa faveur les raisons qui recommandent chacun des deux premiers systèmes, elle tombe en même temps sous les objections et sous les critiques que l'un et l'autre soulèvent. En s'attachant au *domicile*, elle semble inspirée par les souvenirs féodaux ; et en considérant l'*origine* des non-domiciliés, ne fait-elle pas trop bon marché de la volonté de ces derniers, et aussi des intentions présumées de l'État cessionnaire, qui n'a aucun intérêt à avoir des sujets expatriés depuis longtemps et pour toujours?

Quatrième système. — Domicile *ou* origine, suivant la constitution politique de la province annexée.

Notre savant collègue de la Faculté de droit de Paris, M. Paul Cauwès, a développé dans le *Recueil* de Sirey, en note sous un arrêt

de la cour de Paris du 24 janvier 1874 [1], une opinion intermédiaire, suivant laquelle le système du domicile et celui de l'origine doivent être appliqués simultanément, mais à des hypothèses différentes :

a) Il faut s'attacher au *domicile*, lorsque le territoire cédé dépend d'un État unitaire, comme la France. Alors en effet il n'y a aucun motif pour prendre en considération le lieu de la naissance de ses habitants. Qu'ils soient nés à Bordeaux ou à Lille, ils sont toujours Français et n'ont que cette seule qualité. Si l'on donne parfois aux individus natifs d'une province déterminée le nom de cette province, si on les appelle Bourguignons ou Picards, on obéit plutôt à de vieilles habitudes de langage qu'à la vérité juridique. Et pourquoi excepterait-on des effets de l'annexion une personne, née il est vrai dans une région éloignée du territoire cédé, mais qui y a fixé son domicile, qui y a tous ses intérêts, et qui relève de l'État cédant au même titre que les originaires de la province démembrée?

b) Au contraire, il est permis de s'attacher à l'*origine*, lorsque le territoire annexé fait partie d'un pays divisé en fractions distinctes, ayant chacune son Gouvernement local et une certaine autonomie administrative, d'un État fédéral, comme la Suisse par exemple. Alors on peut dire que l'individu né sur ce territoire lui est uni par un lien plus étroit que celui qui n'a fait qu'y établir son domicile, que son origine le rattache à ce territoire plutôt qu'à telle autre parcelle du sol national.

Cinquième système. — Domicile *et* origine.

Enfin un cinquième et dernier système, désireux de restreindre autant que possible les effets de l'annexion, exige, pour que la dénationalisation se produise, que le *domicile* et l'*origine* concourent. Il faut tout à la fois être *né* sur le territoire annexé et y avoir son *domicile*.

Quelque avantageuse que cette doctrine puisse être pour les populations annexées, il n'est que juste de reconnaître qu'elle est contraire aux intérêts et à l'intention probable de l'État cessionnaire, dont la domination serait battue en brèche par les domiciliés non originaires, peut-être très nombreux sur le sol de la province cédée, et contre lesquels il sera difficile de procéder par voie d'expulsion collective, sans soulever des récriminations et une effervescence fâcheuse.

C'est au premier système, au système du *domicile*, que nous nous

[1] Sirey, 1875. 2. 225.

rallions en théorie. En dehors des présomptions dont il s'autorise et qui nous sont déjà connues, on peut faire remarquer en sa faveur que le *domicile* est aujourd'hui, dans notre droit, depuis la disparition ou tout au moins l'atténuation du ***jus soli***, le seul lien juridique par lequel l'homme se rattache véritablement au sol (C. civ., art. 102), que c'est au lieu de son domicile que chacun exerce ses droits.

2° *A quelles conditions les personnes atteintes par une cession de territoire pourront-elles se soustraire au changement de nationalité qui en résulte?*

Les personnes comprises dans la cession ne peuvent être privées malgré elles à jamais de la nationalité qui leur a appartenu jusqu'au jour de la séparation de leur province natale; il faut, pour qu'elles en soient définitivement dépouillées, que d'une manière quelconque elles aient manifesté l'intention de dénoncer le contrat qui les unit à l'État cédant. Cette manifestation résultera tantôt d'un acte de soumission formelle à l'État cessionnaire, tantôt du silence même des intéressés. Acceptent-ils sans se plaindre et sans protester la domination du conquérant, ils seront à bon droit considérés comme ayant ratifié, par leur option ou par leur inaction, les changements que la cession a apportés à leur nationalité première. Au contraire, affirment-ils leur volonté de demeurer sous l'allégeance de l'État cédant et de rester fidèles au contrat, ce contrat renaît ou plutôt subsiste, fortifié par cette manifestation nouvelle; et les habitants du territoire annexé redeviennent ***rétroactivement*** citoyens de l'État démembré,

Mais quand sera-t-il vrai de dire que tel ou tel habitant d'une province cédée a manifesté l'intention de conserver sa nationalité primitive, de rester ce qu'il était au jour de l'annexion?

Tout d'abord les traités peuvent attacher un semblable effet à l'***émigration***, en décidant que les habitants du territoire annexé, qui dans un certain délai auront transporté leur domicile hors de ce territoire, resteront soumis à l'allégeance de l'État cédant : ce sera une ***option tacite***. Mais, comme il importe qu'aucun doute ne puisse s'élever sur la nationalité des personnes, on conçoit qu'il ait paru utile de joindre à l'émigration la nécessité d'une déclaration de volonté, d'une ***option expresse***, qui réglera d'une manière définitive et authentique la situation de l'habitant, aussi bien au regard de l'État cessionnaire que de l'État cédant. ***Émigration simple*** ou ***émigration accompagnée d'option***, tels sont donc les deux procédés par lesquels la population

d'une province annexée pourra en théorie faire connaître sa volonté d'avoir l'une ou l'autre nationalité.

Mais à quelles personnes le droit d'opter, soit expressément, par une *déclaration*, soit tacitement, par une *émigration*, devra-t-il être reconnu?

Ce droit, cela va sans dire, ne peut appartenir qu'à ceux dont l'annexion affecte la nationalité, c'est-à-dire dans notre opinion aux individus *domiciliés* sur le territoire cédé au jour du traité. Mais l'exercice du droit d'option suppose chez ceux qui en sont revêtus la capacité de changer de patrie, et cette capacité devra être appréciée d'après les lois de l'État cessionnaire; l'annexion en effet a rendu les habitants du territoire annexé étrangers sous la condition résolutoire d'une option contraire; c'est donc la loi étrangère qui constitue *pendente conditione* leur statut personnel.

Cependant la situation de la femme mariée d'une part, celle de l'enfant mineur de l'autre, soulèvent en notre matière des difficultés sérieuses.

a) Tant que les époux ne sont pas séparés de corps, la *femme mariée* n'a en général pas d'autre domicile que celui de son mari (C. civ., art. 108). Si donc ce dernier est domicilié sur le sol annexé, et par suite soumis au changement de nationalité que la cession entraîne, sa femme en subit également les conséquences : ce n'est pas parce que son mari a perdu sa patrie d'origine — nous avons vu que les modifications apportées au cours du mariage à la nationalité du mari n'influent pas toujours sur celle de la femme — mais parce que celle-ci satisfaisait *elle-même* à la condition de domicile exigée pour la dénationalisation. La femme devra donc opter, si elle veut recouvrer la nationalité de l'État cédant, et c'est aux lois de l'État cessionnaire qu'il appartiendra de déterminer l'étendue de la capacité dont elle doit justifier pour exercer son droit, de dire si l'autorisation de son mari ou de justice est nécessaire pour l'habiliter.

Il pourra donc arriver que le mari et la femme, tous deux frappés par l'annexion, soient désormais investis de nationalités différentes, soit que l'un ait opté pour sa patrie d'origine, et que l'autre ait accepté, par son silence, l'allégeance de l'État cessionnaire, soit qu'ils aient exprimé l'un et l'autre d'une manière formelle des volontés contraires.

Cette situation se présentera plus fréquemment dans l'hypothèse d'une séparation de corps intervenue entre les époux. La séparation

de corps donnant à la femme la possibilité d'avoir un domicile distinct de celui de son mari, il peut se faire qu'elle seule soit dénationalisée par l'annexion et que son mari soit resté sous l'allégeance de l'État cédant. L'option, accomplie de la manière et sous les conditions que nous venons de dire, sera donc nécessaire pour rendre la femme séparée à son ancienne patrie; et son mari, en dehors du cas où son autorisation sera requise, n'aura personnellement aucune déclaration à faire.

b) L'*enfant mineur* domicilié sur le territoire annexé au jour de la cession peut-il valablement opter pour la nationalité de l'État cédant?

Un *premier système* lui refuse tout droit personnel d'option. La condition de l'enfant mineur, dit-on, se confond avec celle de son père, et son intérêt bien entendu lui commande de partager sa nationalité. Si donc le père de famille garde le silence, il accepte pour lui et les siens la domination de l'État cessionnaire; si, au contraire, il affirme, par une option, la volonté de s'y soustraire, cette option est collective dans ses effets; elle est acquise au mineur et peut lui être opposée. L'enfant mineur n'est-il plus soumis à la puissance paternelle, il n'a, jusqu'à sa majorité, aucun moyen de se soustraire à la dénationalisation. Ce système est conforme à l'opinion de ceux qui associent toujours l'enfant mineur aux modifications que peut recevoir la nationalité du père.

Mais, observe-t-on dans un *deuxième système*, si l'on s'appuie sur la puissance paternelle pour dénier à l'enfant mineur le droit d'avoir une nationalité différente de celle de son père, cette conséquence devrait disparaître avec la puissance paternelle elle-même, et il ne serait que logique d'attribuer à l'enfant émancipé ou orphelin un droit propre d'option. Ce droit d'option, le premier système le lui refuse cependant, l'obligeant à subir, pendant toute sa minorité, et sans aucun recours possible, la nationalité de l'État annexant. On ajoute que, dans notre législation, la puissance paternelle n'a pas le moins du monde pour effet d'imposer toujours à l'enfant mineur la nationalité de son père; et qu'après tout, cette puissance existant dans l'intérêt de l'enfant, il importe que ce dernier ne puisse être sacrifié aux caprices paternels. L'enfant mineur peut donc opter personnellement; et il le peut *hic et nunc,* pourvu qu'il soit assisté et autorisé des personnes au concours desquelles la loi de l'État cessionnaire subordonne sa capacité civile. Reculer jusqu'à sa majorité l'exercice du

droit d'option, ce serait en fait le priver pendant un laps de temps plus ou moins long de toute nationalité; d'autre part, comme il ne s'agit pas de lui donner une patrie nouvelle, mais de lui rendre celle qu'il tient de sa naissance et à laquelle les événements politiques l'ont momentanément arraché, on peut sans inconvénient faire abstraction des principes généraux qui régissent la capacité des personnes, au point de vue du changement de nationalité.

Dans un *troisième système*, qui nous paraît théoriquement le meilleur, on admet bien le droit d'option de l'enfant mineur, mais on retarde jusqu'à sa majorité l'exercice de ce droit. Ce système présente de nombreux avantages : il tient compte de la règle qui subordonne à la capacité de l'intéressé tout changement de patrie; il applique au mineur le vieil adage : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* D'ailleurs ne permet-il pas mieux que tout autre de déterminer avec quelque certitude si le consentement de l'optant est sincère, s'il n'a pas été surpris, sous couleur d'autorisation, par ceux dont il dépend encore? En donnant à l'enfant un droit d'option *actuel*, on arriverait souvent à annihiler en fait sa volonté et à lui substituer celle de ses protecteurs légaux; ce qui nous ramène aux inconvénients du premier système. Enfin on peut invoquer, en faveur de cettre troisième opinion, l'esprit général de la législation française, qui, dans des hypothèses analogues, suspend jusqu'à la majorité de l'enfant l'exercice de son droit d'option.

Résumant les notions théoriques qui viennent d'être exposées, nous formulerons les propositions suivantes :

1° Toute cession de territoire dénationalise *ipso facto* les sujets de l'État cédant *domiciliés* sur le sol annexé, et ne dénationalise que ceux-là.

2° Toute personne domiciliée, quel que soit son âge ou son sexe, a un droit *personnel* d'option pour la nationalité de l'État démembré; seulement l'exercice de ce droit doit être différé pour le mineur jusqu'à l'époque de sa majorité, telle qu'elle est déterminée par la législation de l'État cessionnaire.

3° L'option valablement exprimée *rétroagit* au jour de la cession.

Annexions et cessions de territoire antérieures à 1815. — Les législations de l'antiquité n'attribuaient pas nécessairement aux habitants du territoire conquis la nationalité du vainqueur.

Les cités de la Grèce se contentaient de les réduire à la servitude,

d'en faire des Périèques, des Ilotes, et refusaient de partager avec eux un droit de cité dont elles étaient très jalouses à l'origine.

Rome, plus prévoyante, suivit dans les premiers jours de son histoire une politique différente: elle assimila les vaincus aux conquérants et, en leur donnant les mêmes droits, les intéressa par cela même au maintien et au développement de sa puissance. C'est ainsi que Romulus ouvrit la cité aux Sabins, et ses successeurs agirent de même à l'égard des Albains et des autres peuples italiques, préparant par leur absorption la grandeur future de l'État romain. Plus tard cependant les circonstances obligèrent les Romains à renoncer à un système qui, à l'origine, avait été aussi habile qu'humain. Leur empire une fois fondé, il eût été imprudent d'en ouvrir trop libéralement l'accès à des cités à peine soumises et nourrissant encore quelque espoir de revanche, à des populations bien supérieures en nombre à celle de la Rome primitive, et séparées d'elle par la race et par les mœurs. Aussi voit-on Rome, devenue puissante, se montrer de moins en moins généreuse à l'égard des vaincus : tantôt elle leur concède la *civitas sine suffragio* ou même *sine connubio*, tantôt le *jus Latii*, jusqu'au jour où la constitution de Caracalla, inspirée par des considérations fiscales, vint étendre à tous les sujets de l'Empire le *plenum jus civitatis*. Dès lors il n'y eut plus à Rome, comme aux premiers temps de son existence, en dehors des barbares et des esclaves, que des citoyens romains.

Quelle était en France, sous l'ancien régime, l'influence du remaniement territorial sur la nationalité des habitants?

Malgré quelques dissentiments entre nos vieux jurisconsultes, parmi lesquels Dumoulin et Choppin subordonnaient à un acte exprès de la couronne, à des lettres patentes par exemple, l'incorporation à la France des habitants du territoire conquis, il paraît certain que l'annexion avait pour effet nécessaire de les délier de l'allégeance de l'État cédant et de les soumettre à celle de l'État cessionnaire. Alors même que cette doctrine ne serait pas conforme au principe qui dominait notre ancien droit et qui attribuait aux individus la nationalité du sol, elle est autorisée par la formule même du préambule dont étaient précédés les traités, emportant annexion de territoire à la France, et dont il résulte bien que les habitants du sol annexé deviennent *ipso facto* sujets du roi de France. Pothier d'ailleurs la confirme en ces termes : « Lorsqu'une province est réunie à la couronne, ses habitants doivent être regardés comme naturels français, soit

qu'ils y soient nés avant ou après la réunion. Il y a même lieu de penser que les étrangers qui seraient établis dans ces provinces et y auraient obtenu, suivant les lois qui y sont en vigueur, les droits de citoyen, devraient après la réunion être considérés comme citoyens, ainsi que les habitants originaires de ces provinces, ou du moins comme des étrangers naturalisés en France[1]. »

Jusqu'à la fin du règne de Louis XIII, les traités avaient fait bon marché de la volonté des habitants de la province démembrée, en ne leur laissant aucun moyen de recouvrer leur nationalité d'origine. C'est en 1640 que nous voyons apparaître, dans le traité de capitulation d'Arras, une clause permettant aux habitants des villes cédées à la France de se soustraire par l'émigration, c'est-à-dire par une *option tacite*, à l'allégeance du vainqueur, et une clause semblable se retrouve dans la plupart des traités d'annexion postérieurs. La même règle est appliquée par Pothier aux individus habitant un territoire détaché de la France[2].

Le changement de nationalité résultant de l'annexion à la France atteint, dans notre ancien droit, non seulement les sujets de l'État démembré domiciliés sur le territoire cédé, mais encore tous ceux qui y sont nés, pourvu qu'ils ne se trouvent dans aucune des situations qui font perdre la qualité de Français. *Domiciliés* et *originaires* échangent donc, sauf émigration, leur nationalité première contre celle de l'État cessionnaire; c'est une conséquence du principe ancien qui faisait de la nationalité une dépendance du sol.

La Révolution et le premier Empire semblent être restés fidèles aux principes antérieurs, dans les divers agrandissements que des guerres ou des négociations heureuses ont apportés au territoire français, de 1792 à 1814. Le traité de Campo-Formio, du 17 octobre 1797 (art. 9 *in fine*), celui relatif à la cession de Mulhouse, du 28 janvier 1798 (art. 3), celui relatif à la cession de Genève, du 26 avril de la même année (art. 2), celui d'Amiens, du 27 mars 1802 (art. 13), ouvrent aux habitants des territoires annexés un délai pendant lequel ils pourront, par une émigration et par la vente de leurs biens, conserver leur nationalité d'origine. En ce qui touche les personnes dénationalisées par l'annexion, encore que les traités de cette période ne fassent ordinairement mention que des *habitants* de la province

[1] Pothier, *Traité des personnes*, part. I, titre II, sect. 1re.
[2] Pothier, *loc. cit.*

réunie à la France, la jurisprudence incline à admettre que cette dénomination comprenait même les *originaires non domiciliés*, que l'annexion de leur lieu de naissance aurait ainsi rendus Français.

Le traité du 30 avril 1814, qui mit fin à l'épopée impériale, dispose, dans son article 17, que, sur tous les territoires qui « doivent ou devront changer de maître tant en vertu du présent traité que des arrangements qui doivent être faits en conséquence, il sera accordé aux habitants, naturels et étrangers, de quelque condition et nation qu'ils soient, un espace de six ans à compter de l'échange des ratifications, pour disposer, s'ils le jugent convenable, de leurs propriétés et se retirer dans tel pays qu'il leur plaira de choisir ». Ce texte, quoi qu'on en ait dit, nous paraît devoir être interprété conformément aux précédents et à l'opinion des anciens auteurs; il consacre au profit des habitants frappés par le démembrement de 1814 un droit d'*option tacite,* leur permettant de demeurer Français, à la condition de transporter hors du territoire rétrocédé leurs personnes et leurs biens[1].

Ainsi, nous plaçant à la fin de l'Empire, nous pouvons dire que le droit des gens conventionnel attribue à toute annexion de territoire un effet immédiat de dénationalisation; mais qu'il autorise en même temps les habitants de la province cédée à se soustraire par une émigration, c'est-à-dire par une *option tacite*, à l'allégeance de l'État annexant.

Traités d'annexion ou de cession conclus par la France depuis 1815. — Le Code civil s'était bien gardé de parler des modifications qu'un remaniement territorial peut apporter à la nationalité des habitants. La prudence, aussi bien que l'orgueil, le défendait à ses rédacteurs. D'une part en effet, la prévision de conquêtes futures eût manifesté chez le Gouvernement français des vues ambitieuses, bien faites pour exciter la défiance des autres nations; de l'autre les succès de nos armes repoussaient en 1804 l'hypothèse d'un démembrement du

[1] Toutefois le Gouvernement de la Restauration, craignant de paraître légitimer les conquêtes de la République et de l'Empire, s'est écarté de cette interprétation bienveillante par la loi du 14 octobre 1814. D'après cette loi, les habitants des provinces démembrées en 1814, n'avaient, nonobstant leur émigration sur le sol français, d'autre droit et d'autre qualité que les étrangers ordinaires; et le seul moyen qui leur était offert pour revenir à la nationalité française était la naturalisation. Mais, en considération des années qu'ils avaient vécues sous l'allégeance française, la loi de 1814 les affranchit de quelques-unes des conditions assez rigoureuses auxquelles la constitution de frimaire an VIII, encore en vigueur sur ce point, subordonnait alors en France l'admission des étrangers au droit de cité.

sol de la patrie. Mais les événements ont été plus forts que la prudence et que l'orgueil. Après les bouleversements de 1814 et de 1815, l'annexion de la Savoie et du comté de Nice, celle de Menton et de Roquebrune, la cession douloureuse de l'Alsace-Lorraine à l'empire allemand, enfin l'annexion de l'île de Saint-Barthélemy à la France sont venues soulever à nouveau des questions délicates de nationalité. Un caractère commun à ces dernières annexions ou cessions de territoire, c'est que désormais l'*option tacite*, celle qui résulte d'une émigration, n'est plus regardée comme une manifestation suffisante de volonté; une déclaration formelle devient nécessaire.

a) *Annexion de la Savoie et du comté de Nice à la France.*

Le traité franco-sarde du 24 mars 1860, qui a réuni la Savoie et le comté de Nice à la France, confère *hic et nunc* la nationalité française à tous les individus *domiciliés* sur le territoire annexé, et à tous ceux *qui y sont nés*, consacrant ainsi le troisième système que nous avons exposé ci-dessus.

Article 6 : « Les sujets sardes, *originaires* de la Savoie et de l'arrondissement de Nice, ou *domiciliés* actuellement dans ces provinces, qui entendront conserver la nationalité sarde, jouiront, pendant l'espace d'un an à partir de l'échange des ratifications, et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en Italie, et de s'y fixer, auquel cas la qualité de citoyen sarde leur sera maintenue. »

Les négociateurs de ce traité se sont tout d'abord préoccupés d'assurer à l'annexion de la Savoie et du comté de Nice la libre adhésion de leurs habitants, afin de le rendre inattaquable au point de vue du droit international public; et le moyen auquel s'arrêtèrent les Puissances contractantes pour s'édifier sur le vœu des populations fut un plébiscite, dont le résultat, favorable à la France, a été ratifié par le Parlement sarde.

Mais encore fallait-il, en dépit de cette manifestation plébiscitaire, sauvegarder les droits de la minorité opposante, de ceux qui prétendaient conserver la nationalité sarde. Pour eux le traité de 1860 a organisé un droit d'option, dont nous allons maintenant étudier le mécanisme.

1° *A quelles personnes appartenait-il, aux termes du traité de 1860, d'opter pour la nationalité sarde?*

Si l'individu *originaire* du territoire cédé ou y ayant son *domicile* est majeur et maître de ses droits, l'option lui est ouverte sans contestation possible. De même, le traité accorde aux femmes mariées atteintes par la cession le droit d'opter avec l'assistance de leurs maris. Des mineurs il n'est pas question ; aussi les auteurs sont-ils très divisés sur le point de savoir s'ils ont un droit d'option personnel, distinct de celui de leurs auteurs, et à quel moment il leur est permis de l'exercer.

Le système qui confond le droit d'option de l'enfant mineur avec celui du père de famille semble avoir prévalu dans la jurisprudence. Par trois arrêts datés du 22 décembre 1862[1], la cour de Chambéry a dénié à des enfants mineurs compris dans l'annexion de 1860 le droit d'opter personnellement pour la nationalité sarde et les a déclarés associés aux effets de l'option exprimée par ceux dont ils dépendaient.

A part cette difficulté, la condition juridique des habitants de la Savoie et du comté de Nice se trouvait suffisamment définie par le traité. Devenus Français au jour et par le fait de la cession, tous les individus nés ou domiciliés sur le territoire cédé avaient la faculté de recouvrer la nationalité sarde au moyen d'une option.

C'est cette situation si nette en apparence, c'est cette interprétation si naturelle du traité de 1860, qu'un décret du Gouvernement impérial, en date du 30 juin 1860, est venu compliquer comme à plaisir.

Son article 1er est ainsi conçu :

« Les sujets *sardes*, majeurs, et dont le *domicile* est établi dans les territoires réunis à la France par le traité du 24 mars 1860, pourront, pendant le cours d'une année à partir des présentes, réclamer la qualité de Français. Les demandes adressées à cet effet aux préfets des départements où se trouve leur résidence seront, après information, transmises à notre garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur le rapport duquel la *naturalisation* sera, s'il y échet, accordée sans formalité et sans paiement de droits. »

Arrêtons-nous tout d'abord à cette première disposition du décret de 1860. Étant donné que l'annexion de 1860 avait rendu Français *ipso jure* les habitants *domiciliés* dans les provinces cédées, comment expliquer que le décret leur permette d'acquérir, par une *naturalisation*, une nationalité qui leur appartient déjà ?

[1] Sirey, 1863. 2. 113.

Quatre explications ont été proposées :

Première explication. — Le traité du 24 mars 1860, en dénationalisant non seulement les individus *originaires* du territoire cédé, mais encore les simples *domiciliés*, était allé trop loin. Le décret du 30 juin a eu pour objet de revenir sur ses exagérations, en substituant au système du *domicile* ou de l'*origine*, adopté par le traité, celui de l'*origine*, et en se bornant à faciliter aux *domiciliés* non *originaires* l'accès de la nationalité française.

Cette explication pèche sous un double rapport. Est-il admissible que le Gouvernement français ait pris une mesure aussi contraire à son intérêt, en diminuant de lui-même, contre la lettre du traité, le nombre des personnes atteintes par l'annexion? D'autre part, il est certain, au point de vue constitutionnel, qu'un simple décret ne peut abroger une convention internationale, formée par l'accord de deux volontés.

Deuxième explication. — En présence de ces impossibilités, il est nécessaire de chercher une autre interprétation pour le décret de 1860. Ce décret, a-t-on dit, doit être concilié avec le traité, qu'il n'a pas le pouvoir d'abroger. L'un et l'autre visent des hypothèses différentes et s'appliquent à des personnes différentes. C'est par erreur que le traité du 24 mars mentionne les *domiciliés;* dans la pensée des négociateurs, le changement de nationalité ne devait atteindre que les *originaires*, et il était dès lors indispensable de venir en aide aux simples *domiciliés*, en leur permettant d'acquérir la nationalité française, en dehors des conditions de la naturalisation ordinaire.

Cette interprétation n'a qu'un défaut, c'est d'être en contradiction absolue avec les termes du traité, qui dispose « pour les *originaires* ou *domiciliés* »; aussi n'a-t-elle trouvé aucune faveur dans la doctrine.

Troisième explication. — Le traité franco-sarde a rendu Français tous les sujets sardes *domiciliés* sur les territoires cédés au jour de l'échange des ratifications. Quant au décret du 30 juin, il s'occupe des Sardes non originaires qui ont fixé leur domicile dans l'intervalle de sa promulgation et de l'annexion, et établit pour eux un système particulier de naturalisation. La faveur qu'il montre à ces derniers est facile à comprendre : en effet, ils peuvent avoir acquis sur le sol annexé des propriétés; peut-être y ont-ils une partie de leur famille? toutes circonstances qui sont de nature à les bien disposer pour la France, dans les possessions de laquelle ils sont venus s'établir.

L'explication est ingénieuse; mais elle aboutit à une illégalité, puisque le décret du 30 juin aurait ainsi proclamé un nouveau mode d'acquisition de la nationalité française, ce que le Chef de l'État est impuissant à faire par simple décret.

Quatrième explication. — Dans un autre système, qui a été proposé par M. Alauzet[1], le décret du 30 juin 1860 n'aurait eu d'autre objet que de secourir les annexés impatients de voir leur situation définitivement réglée, et ne voulant pas attendre pour cela l'expiration des délais d'option qui leur étaient impartis par le traité, ou craignant qu'à cette époque il ne fût difficile de constater leur domicile avec certitude.

Mais on oublie que l'annexion avait rendu *ipso facto* Français, sous la condition résolutoire d'une option, tous les individus *domiciliés* sur le territoire cédé, impatients ou non d'acquérir cette nationalité. Ils étaient donc Français *pendente conditione*, et n'avaient aucunement besoin, pour le devenir, de devancer par une naturalisation l'expiration du délai d'option. D'ailleurs le décret de 1860 ne s'appliquant qu'aux Sardes *domiciliés* dans les provinces réunies, les difficultés que rencontre la constatation du domicile ne sont en aucune manière évitées par cette explication.

Nous préférons avouer que l'article 1er du décret du 30 juin 1860 ne peut être expliqué, qu'il est le fruit d'une méprise; et M. Alauzet lui-même, dont le témoignage a beaucoup de prix à raison de la position qu'il occupait à cette époque au ministère de la Justice, n'hésite pas à le reconnaître dans la dernière édition de son livre (p. 100, note 3).

Mais, si nous arrivons à l'article 2 de ce décret, la difficulté devient encore plus insurmontable : « Les sujets sardes encore mineurs, nés en Savoie et dans l'arrondissement de Nice, pourront, dans l'année qui suivra l'époque de leur majorité, réclamer la qualité de Français, en se conformant à l'article 9 du Code civil. »

Ici encore quatre explications se sont proposé de nous donner la clef de ce texte :

Première explication. — Le traité du 24 mars avait dénationalisé, *sans distinction d'âge*, tous les individus originaires des territoires cédés. Le décret du 30 juin, par respect pour la volonté des *mineurs*, que leur âge rend incapables d'opter valablement, abroge l'article 6

[1] Alauzet, *De la qualité de Français* (1re édition). *Appendice*, n° 134.

du traité, en subordonnant pour eux l'acquisition de la nationalité française à l'accomplissement des formalités de l'article 9 du Code civil.

Nous nous bornerons, pour détruire cette explication, à renvoyer aux objections qui s'élèvent contre la première interprétation donnée à l'article 1er du décret; elles ont ici une force égale.

Deuxième explication, — L'article 2 du décret de 1860 a pour objet de permettre aux annexés, *mineurs* lors de la cession, de revenir sur l'option pour la nationalité italienne qu'ils auraient témérairement exprimée, ou qui aurait été exprimée pour eux, suivant qu'on leur reconnaît ou non un droit d'option personnel. Au lieu de les astreindre aux formalités de la naturalisation ordinaire, on n'exige d'eux, pour qu'ils deviennent Français, qu'une simple déclaration, suivie d'un transfert de domicile.

Mais, si cette explication devait être admise, on aurait peine à comprendre que le décret du 30 juin n'eût parlé que des mineurs *nés sur le territoire annexé*, et qu'il n'eût aménagé aux mineurs *domiciliés*, ayant opté pour la nationalité sarde, aucun moyen de devenir Français, en dehors des voies ordinaires.

Troisième explication. — Le traité et le décret, a-t-on dit, prévoient deux hypothèses différentes. Lorsque le mineur est né sur le sol annexé de parents qui y sont nés eux-mêmes, c'est le traité qui s'applique; il est devenu Français au jour de l'annexion. Est-il né en Savoie ou dans le comté de Nice de parents qui n'y sont pas nés eux-mêmes, c'est le décret qui gouverne sa condition; il ne deviendra Français qu'en se soumettant à l'article 9 du Code civil.

La distinction proposée par ce système est tout à fait arbitraire. Le traité du 24 mars ne s'attache nullement au lieu de naissance des parents de l'annexé; dès lors le décret du 30 juin l'aurait partiellement abrogé, en dérobant à son application les mineurs nés de parents qui sont nés eux-mêmes hors du territoire cédé. Semblable abrogation, nous l'avons dit, est juridiquement impossible.

Quatrième explication. — Le traité ne vise que les enfants nés sur le territoire annexé de parents y ayant leur résidence habituelle et permanente. Au contraire, le décret concerne ceux qui sont nés en Savoie ou dans le comté de Nice de parents qui y ont une résidence passagère ou accidentelle.

C'est là encore une interprétation imaginaire, qui ne trouve dans le

texte du traité aucun appui. Ce traité attribue la nationalité française à tous les individus *originaires* des provinces cédées, c'est-à-dire, dans le sens spécial que ce mot revêt en matière d'annexion, nés sur leur territoire, et rien ne permet de croire qu'il ait entendu distinguer entre eux, suivant la durée de la résidence de leurs parents.

L'article 2 du décret du 30 juin 1860 est donc aussi inexplicable que l'article 1er ; il est impossible de le combiner d'une manière satisfaisante avec le traité d'annexion franco-sarde.

2° A quelles conditions le traité de 1860 subordonne t-il l'exercice du droit d'option?

Aux termes de l'article 6 du traité, les individus originaires des territoires cédés, ou y ayant leur domicile, pourront *conserver* la nationalité sarde, en satisfaisant à une double condition :

α) En déclarant leur volonté dans un certain délai à l'autorité compétente ;

β) En transportant leur domicile sur le sol italien.

Première condition. — Toute personne atteinte par l'annexion de la Savoie et du comté de Nice doit, pour se soustraire à la nationalité française, déclarer ses intentions, dans le délai d'*un an* à compter de l'échange des ratifications du traité, à l'autorité compétente, c'est-à-dire sur le sol italien, à la municipalité de la résidence de l'optant ; en pays étranger, à l'agent consulaire accrédité par le Gouvernement sarde ; cette déclaration ne peut être suppléée par aucun acte équivalent, et le délai dans lequel elle doit être formulée est péremptoire.

Deuxième condition. — A la déclaration d'option, il est nécessaire de joindre un transfert de domicile sur le sol *italien*. La jurisprudence française s'est d'ailleurs montrée pleine de ménagements dans la pratique ; elle reconnaît la validité de l'option suivie d'un transfert de domicile sur le territoire d'une tierce Puissance, et les tribunaux se sont même, à maintes reprises, contentés d'un changement purement fictif, tel qu'une élection de domicile faite sur le sol italien par un annexé continuant à résider dans les provinces réunies à la France.

3° Quels effets le traité de 1860 a-t-il attachés à l'option pour la nationalité sarde?

L'option exprimée par l'individu que l'annexion a rendu Français a pour effet de le faire considérer comme n'ayant jamais cessé d'être sujet sarde. Cette rétroactivité n'a rien que de naturel : si l'annexion ne recouvrait que pour l'avenir sa nationalité d'origine, le but de l'option, qui est d'empêcher que les populations des provinces cédées ne subissent malgré elles un changement de patrie, ne serait pas atteint, puisque, entre la cession et le jour de l'option, l'annexé aurait eu une nationalité dont il ne veut pas; il est devenu Français sous une condition résolutoire, celle d'une option; et cette condition doit rétroagir (C. civ., art. 1179). Comment en douter d'ailleurs, en présence de l'article 6 du traité de 1860, qui dispose qu'en satisfaisant à certaines conditions, les habitants des provinces réunies à la France pourront *conserver* leur nationalité première, que la qualité de citoyen sarde leur sera *maintenue?*

Dans notre opinion, l'option du père de famille lui est personnelle et ne doit produire aucun effet relativement à sa femme et à ses enfants mineurs. Telle est la solution qui a prévalu pour la femme, lors de l'annexion de 1860; mais la jurisprudence française s'en est écartée en ce qui touche les enfants mineurs; il nous suffit de rappeler les arrêts de Chambéry du 22 décembre 1862.

b) *Annexion de Menton et de Roquebrune à la France.*

La France, devenue voisine de la Principauté de Monaco par l'annexion du comté de Nice, en obtint bientôt un agrandissement nouveau. A la suite d'une convention intervenue le 2 février 1861 entre le Gouvernement français et le prince de Monaco, les communes de Menton et de Roquebrune ont été réunies à notre territoire. Cette convention reproduit, en ce qui concerne la nationalité des habitants, les principales dispositions du traité franco-sarde de 1860.

Tous les individus, *originaires* des communes cédées ou y ayant leur *domicile*, peuvent recouvrer la nationalité monégasque, dont l'annexion les a privés, au moyen d'une option, suivie d'un transfert de domicile sur le sol non annexé de la Principauté. Cette dernière condition ne s'applique naturellement qu'aux annexés résidant sur le territoire cédé; les originaires habitant au dehors n'ont qu'une déclaration à faire. D'autre part, les individus au service du prince de Monaco peuvent conserver leur nationalité tout en continuant à résider à Menton ou à Roquebrune, pourvu qu'ils aient déclaré leurs inten-

tions au consul de France à Monaco dans les trois mois de l'échange des ratifications.

c) *Cession de l'Alsace-Lorraine à l'Empire allemand.*

Le traité franco-allemand du 10 mai 1871, qui a cédé l'Alsace, moins le territoire de Belfort, et une partie de la Lorraine au nouvel empire d'Allemagne, s'exprime ainsi dans son article 2 : « Deviennent Allemands les sujets français *originaires* des territoires cédés, *domiciliés* actuellement sur ces territoires. »

Cette formule diffère de celle dont s'est servi le traité franco-sarde de 1860, en ce que ce dernier comprenait dans la même dénationalisation, et les *originaires* non domiciliés, et les *domiciliés* non originaires. Le traité de 1871, au contraire, semble ne viser que les *originaires domiciliés* et consacrer ainsi le cinquième système, exposé ci-dessus : « Ce traité, lisons-nous dans un rapport parlementaire du 19 juin 1871, n'atteint pas les Français originaires des territoires cédés, lorsqu'ils n'avaient pas leur domicile sur ces territoires au moment de la conclusion. Ces derniers demeurent donc Français de plein droit et restent soumis aux règles du droit commun ».

L'interprétation ainsi portée à la tribune de l'Assemblée nationale, bien qu'elle fût conforme à la lettre du traité, ne l'a cependant pas emporté.

On avait négligé de définir, au cours des négociations, ce qu'il fallait entendre par *originaires;* et la convention additionnelle, signée à Francfort le 11 décembre 1871, paraît bien attribuer à tous les individus nés sur le territoire annexé, même n'y ayant pas leur domicile, la nationalité du vainqueur, puisque, dans son article 1er, elle proroge d'une année le délai pendant lequel l'option pour la nationalité française doit être exprimée, *pour tous les originaires domiciliés hors d'Europe*. De cette convention, qui a force de loi, puisqu'elle a été ratifiée par l'Assemblée nationale dans sa séance du 3 janvier 1872, en même temps que le traité de Versailles, il résulte donc que c'est à l'*origine* seule, et non au *domicile*, qu'il faut regarder, pour déterminer les effets que l'annexion de l'Alsace-Lorraine a produits relativement à la nationalité de ses habitants; que par conséquent c'est le deuxième système qui a définitivement prévalu dans les rapports de la France et de l'Allemagne. Le Gouvernement français lui-même s'est résigné à le reconnaître : « Tous ceux qui sont nés sur les territoires cédés,

écrivait M. Dufaure aux préfets le 30 mars 1872, seront considérés comme Allemands, et, au contraire, tous ceux qui ne sont pas nés dans ces territoires sont Français de plein droit[1]. »

Cette solution, plus favorable cependant aux intérêts allemands que celle qu'autorisait la lettre du traité du 10 mai, n'a pas satisfait le vainqueur ; et l'on a vu plus tard les docteurs de l'Allemagne affirmer, en s'appuyant sur le précédent créé par la convention franco-sarde de 1860, que l'annexion avait atteint dans leur nationalité, non seulement tous les individus nés sur le sol démembré, mais encore tous ceux qui y étaient domiciliés au jour de la cession.

La France ne pouvait se rallier à une semblable doctrine ; et l'obstination que le Gouvernement allemand a mise à la maintenir aboutit à donner aux individus non originaires, domiciliés en Alsace-Lorraine au jour de l'annexion, une double patrie. Tandis que l'Allemagne les considère comme sujets allemands et prétend les soumettre à toutes les charges qui découlent de ce titre, la France les revendique comme siens : c'est là une source de difficultés très sérieuses ; nous n'avons pas à y revenir.

Demandons-nous maintenant à quelles personnes le traité de 1871 a permis de recouvrer la nationalité française par une option, quels sont les conditions et les effets de cette option.

1° *A quelles personnes appartient-il d'opter pour la nationalité française.*

Ce droit appartient à toute personne dénationalisée par l'annexion, c'est-à-dire, suivant la lettre du traité, aux *originaires domiciliés*, suivant l'interprétation acceptée par la France, à tous les *originaires* même *non domiciliés*, enfin, suivant les autorités allemandes, à tous les *originaires* et à tous les *domiciliés*.

L'option peut être valablement exprimée, de la manière qui sera déterminée ci-dessous, par tout annexé, majeur et maître de ses droits. Mais quelle sera à ce point de vue la situation de la femme mariée et du mineur ?

Dans la doctrine professée par la plupart des auteurs français, la femme et le mineur peuvent avoir une nationalité différente de celle du chef de famille et ne subissent pas nécessairement les conséquences de ses changements de patrie. Il semble donc naturel de leur accorder

[1] D. P. 1872. 3. 25.

un droit d'option personnel. Mais la législation allemande est dominée par d'autres principes : elle attribue à la naturalisation des effets collectifs et associe aux changements de nationalité obtenus ou subis par le chef de famille, sa femme et ses enfants mineurs. De là un conflit possible; et pour en atténuer la gravité, le ministre de la Justice en France, par sa circulaire du 30 mars 1872, et la Société de protection des Alsaciens-Lorrains, par un avis du 28 août de la même année, ont cru devoir conseiller aux femmes mariées annexées d'opter individuellement, alors même que leur option pourrait être considérée en Allemagne et par certains Français comme implicitement comprise dans celle de leurs maris. A cette condition seulement, leur nationalité sera, en France, à l'abri de toute contestation possible.

La nationalité des mineurs annexés par le traité de 1871 a soulevé des difficultés nombreuses. En vain les plénipotentiaires français avaient essayé d'obtenir que le droit d'option des mineurs fût suspendu jusqu'à l'époque de leur majorité : l'insuccès de leurs efforts est constaté par la circulaire ministérielle du 30 mars 1872 : « Le Gouvernement allemand, dit M. Dufaure, a toujours répondu qu'il n'y avait aucune distinction à établir entre les majeurs et les mineurs; que les conditions et les délais établis par les traités étaient applicables à ces derniers; mais leurs déclarations seront valablement faites avec l'assistance de leurs représentants légaux..... Il serait peut-être utile de mettre notre loi en harmonie avec cette déclaration du Gouvernement allemand et de conférer aux mineurs, par un texte spécial, le droit de faire acte de nationalité avec l'autorisation de leurs tuteurs. » Et le ministre français ajoutait que, jusqu'à ce qu'une loi semblable ait été promulguée, « les déclarations des mineurs seraient reçues dans cette forme par les autorités françaises ».

De ces négociations et des dispositions conciliantes témoignées par le Gouvernement français, on serait en droit de conclure que les mineurs alsaciens-lorrains étaient, avec l'assistance ou par l'intermédiaire de leurs pères ou tuteurs, aussi capables que des majeurs d'exprimer leur volonté de rester Français; et tel est le point de vue des autorités françaises.

Mais ici encore ce serait compter sans la mauvaise volonté du Gouvernement allemand : le 16 mars 1872, M. de Moeller, président supérieur d'Alsace-Lorraine, prit une décision aux termes de laquelle « les mineurs *non émancipés*, qu'ils soient ou non nés en Alsace-Lorraine, ne peuvent opter, ni par eux-mêmes, ni par l'intermédiaire de

leurs représentants légaux, en se séparant de ceux-ci. Si leurs parents sont encore en vie, ils suivent de droit la nationalité du père. La disposition qui précède s'applique aussi aux mineurs émancipés, s'ils sont nés en Alsace-Lorraine. Les mineurs émancipés qui ne sont pas nés en Alsace-Lorraine sont, en ce qui concerne le droit d'option, assimilés aux majeurs ».

Prenant cette ordonnance comme point de départ, les autorités allemandes distinguent trois hypothèses.

Première hypothèse. — L'enfant mineur, *quoique n'étant pas né sur le sol annexé*, y avait son domicile au jour de la cession. Alors de deux choses l'une : est-il *émancipé*, il a un droit d'option qu'il peut exercer personnellement, alors même que son curateur prendrait un parti différent : en effet nous allons voir que les simples *domiciliés* n'ont, pour redevenir Français, qu'à transporter leur domicile en France; or l'émancipation donne au mineur le droit d'avoir un domicile distinct de celui de son père ou tuteur; il peut donc valablement se fixer en France par lui-même. Au contraire, n'est-il pas émancipé, il partage nécessairement le domicile et la condition de son père ou tuteur et subit les conséquences de son option ou de son abstention.

Deuxième hypothèse. — L'enfant mineur est né, en Alsace-Lorraine ou en dehors, de parents alsaciens-lorrains *non domiciliés*. Dans un cas comme dans l'autre, les autorités allemandes le considèrent comme ayant cessé d'être Français par le fait de l'annexion et ne lui permettent de le redevenir qu'autant que son auteur a lui-même opté pour la nationalité française; elles étendent ainsi, d'une manière tout à fait arbitraire, la signification habituelle du mot *originaire*, au point d'y comprendre même certains individus nés hors du territoire annexé. La jurisprudence française a constamment repoussé cette extension et a décidé, à plusieurs reprises, que l'enfant mineur né hors d'Alsace-Lorraine d'un père alsacien-lorrain non domicilié, n'a pas cessé d'être Français, et le demeure même à défaut de toute option.

Troisième hypothèse. — L'enfant mineur est *né en Alsace-Lorraine* de parents français, qui eux-mêmes ne sont pas originaires des provinces cédées; il suivra la condition de son père ou de son tuteur, et ne redeviendra Français qu'autant que son représentant légal le sera redevenu lui-même. L'option du mineur n'aura donc aucun effet en Allemagne si son père a conservé son domicile en Alsace-Lorraine. En France, au contraire on lui reconnaît un droit propre d'option.

Les divergences qui séparent la pratique allemande et la pratique française, relativement au droit d'option des mineurs, engendrent tous les jours des conflits presque insolubles. Le même individu peut être réclamé à la fois par l'Allemagne et par la France, soit que, né sur le sol français non annexé de parents alsaciens-lorrains d'origine non domiciliés, il n'ait pas opté pour la nationalité française, soit que, né ou domicilié sur le territoire annexé, il ait opté pour la France, alors que son père ou son tuteur a accepté la domination allemande.

2° *A quelles conditions le traité de 1871 a-t-il soumis l'exercice du droit d'option?*

L'article 2 du traité du 10 mai 1871 est ainsi conçu : « Les sujets français, originaires des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ces territoires qui entendent conserver la nationalité française, jouiront jusqu'au 1er octobre 1872, et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en France et de s'y fixer sans que ce droit puisse être altéré par les lois sur le service militaire, auquel cas la qualité de citoyen leur sera maintenue. »

Ce texte ne mentionne, suivant une remarque déjà faite, que les *originaires domiciliés* en Alsace-Lorraine; il subordonne leur option pour la nationalité française à une double condition :

α) A une déclaration d'option faite dans un certain délai.

β) A un transfert de domicile sur le territoire français.

Première condition. — L'originaire domicilié doit déclarer, avant le 1er octobre 1872, sa volonté de redevenir Français; et cette déclaration peut être faite, sur le sol allemand, devant le directeur du cercle (*Kreisdirektor*), en France devant le maire de la résidence, à l'étranger enfin, devant l'agent diplomatique ou consulaire accrédité par la France.

Deuxième condition. — L'optant doit en outre transporter son domicile *en France*, dans le même délai; il a été admis dès le principe, même par les autorités allemandes, comme lors de l'annexion de la Savoie et du comté de Nice à la France, que cette condition est remplie par une simple émigration hors du territoire annexé, en Suisse ou en Italie par exemple; mais d'un autre côté un transport fictif de domicile en dehors du territoire d'Alsace-Lorraine n'a pas été jugé

suffisant par l'Allemagne; c'est à ses tribunaux qu'il appartient d'apprécier dès lors, suivant les circonstances, si les individus atteints par l'annexion ont conservé leur domicile dans les provinces cédées, ou s'ils l'ont réellement perdu. Ajoutons que le Gouvernement français reconnaît l'option pour valable, alors même que l'optant n'aurait pas effectivement transféré son domicile en France avant le 1er octobre 1872; la déclaration qu'il a faite suffit à lui assurer chez nous tous les droits attachés à la qualité de Français.

Quant aux individus *originaires* d'Alsace-Lorraine, mais qui n'y ont pas conservé leur domicile, il était nécessaire, puisque la convention additionnelle de Francfort les avait associés à la dénationalisation, de leur fournir le moyen de redevenir Français. Pour eux il ne peut être question d'émigration, puisqu'ils ne sont pas domiciliés sur le territoire annexé; une simple déclaration, effectuée de la manière indiquée ci-dessus, suffit.

Enfin la Chancellerie allemande oblige les *domiciliés non originaires*, que l'annexion avait épargnés suivant la doctrine française, à transférer leur domicile hors des provinces cédées; à défaut d'émigration, c'est-à-dire d'une *option tacite* pour la nationalité française, ils sont réputés Allemands.

3° *Quels effets le traité de 1871 a-t-il attachés à l'exercice du droit d'option?*

Nous appliquerons à l'Alsacien-Lorrain qui opte pour la nationalité française les mêmes règles que nous avons appliquées aux habitants des provinces réunies à la France en 1860. Son option rétroagit au jour de la cession, de telle manière qu'il est réputé n'avoir jamais cessé d'appartenir à la France; mais dans l'intervalle qui sépare la cession de territoire de l'option exprimée par lui, il a été Allemand sous condition résolutoire, et rigoureusement il aurait dû être traité comme tel sur le territoire français; ce qui, au point de vue de la compétence des tribunaux français, de la caution *judicatum solvi*, etc., est loin d'être dépourvu d'intérêt pratique.

Cependant, mûs par des sentiments faciles à comprendre, les tribunaux français n'ont pas hésité à considérer dans diverses circonstances, les Alsaciens-Lorrains annexés comme Français *pendente conditione.* Cette jurisprudence, très contestable, prétend s'appuyer sur les termes mêmes du traité de 1871, article 2 : « Les sujets français qui entendent *conserver* la nationalité française. . . . . . . auquel cas la qualité

de Français leur sera *maintenue.* » N'est-ce pas, dit-on, reconnaître que les optants n'ont perdu la nationalité française à aucun moment de leur existence, même pendant les délais d'option? D'ailleurs le rapporteur de la loi du 19 juin 1871 semble avoir exprimé la même opinion : « Les Français originaires des territoires cédés et domiciliés actuellement sur ces territoires ne perdront *définitivement* leur qualité de Français, d'après les termes mêmes du traité, que si, au 1er octobre 1872, ils n'ont fait aucune déclaration. »

Mais les principes sont certains. Toute annexion ou cession de territoire dénationalise *ipso facto* ses habitants, sous la condition résolutoire d'une option; c'est à la défaillance de cette condition que le rapporteur faisait allusion lorsqu'il parlait d'une perte *définitive;* tant que la condition ne s'est pas réalisée ou n'a pas défailli, l'annexé perd, au moins *provisoirement*, sa nationalité première; et il faudrait un texte formel dans le traité pour qu'il en fût autrement. L'*Exposé des motifs* de la convention additionnelle de Francfort du 11 décembre 1871 ne laisse aucun doute sur l'intention des négociateurs. « Il résulte de l'article 2 du traité du 10 mai que les habitants de l'Alsace-Lorraine sont légalement considérés aujourd'hui par l'Allemagne comme Allemands sous condition résolutoire, tandis que nous-mêmes nous ne pouvons plus voir en eux que des Français sous condition suspensive, c'est-à-dire des Français dont la nationalité, *provisoirement suspendue*, sera *définitivement* périmée, s'ils n'accomplissent dans le délai convenu les formalités prescrites par les traités ».

L'option exprimée par le chef de famille lui est personnelle, dans notre opinion, et, quelles que soient à cet égard les dispositions de la loi allemande, n'est opposable ni à sa femme, ni à ses enfants mineurs.

d) *Annexion de l'île de Saint-Barthélemy à la France.*

Comme la convention franco-sarde du 24 mars 1860, et à la différence du traité franco-allemand du 10 mai 1871, le traité conclu à la date du 10 août 1876 entre la France et la Suède dispose que « la rétrocession de l'île de Saint-Barthélemy à la France est faite sous la réserve expresse du consentement de la population ». Ce consentement s'est affirmé par un plébiscite qui a donné à la France la presque unanimité des suffrages exprimés.

La légitimité de la cession une fois établie, sous le rapport du droit public, les représentants des deux États se sont occupés d'en détermi-

ner les conséquences au point de vue de la nationalité des habitants.

L'article 1er du protocole annexé attribue la nationalité française à tous les sujets de la couronne de Suède *domiciliés* dans l'île; il ne tient aucun compte de l'*origine*, et, consacrant ainsi le système que nous avons nous-même admis en théorie, réalise, selon nous, un progrès marqué sur les conventions de 1860, de 1861 et de 1871. Ce progrès n'est pas le seul : en effet, la convention franco-suédoise suspend jusqu'à la majorité des annexés l'exercice du droit d'option qu'elle leur ouvre (Protocole du 31 octobre 1877, art. 2); et il faut remarquer, que c'est à la majorité, telle qu'elle est déterminée par la loi française, et non à la majorité suédoise, que l'option est retardée. C'est bien reconnaître à l'annexion un effet immédiat de dénationalisation, et en même temps c'est faire au mineur l'application du système auquel nous nous sommes rallié ci-dessus.

La rétrocession de l'île de Saint-Barthélemy à la France, quelque modique que soit le nombre des personnes qu'elle a rendues Françaises, a donc, au point de vue doctrinal, une importance très grande; elle marque le triomphe des véritables principes et constitue pour les annexions et cessions à venir — si l'ère des remaniements territoriaux n'est pas encore fermée — un précédent qui sera suivi.

TITRE V

Recouvrement de la nationalité perdue.

Il peut arriver qu'un individu, dénationalisé à la suite d'un des événements qui ont été examinés dans les titres précédents de ce chapitre, soit désireux de recouvrer son ancienne patrie.

Le droit romain, par le *jus postliminii* qui réintégrait rétroactivement le captif rendu à la liberté dans la jouissance du droit de cité, par la *restitutio in integrum*, dans certains cas; l'ancien droit monarchique français, par les *lettres de déclaration de naturalité* dont il a déjà été question, s'étaient préoccupés d'assurer et de faciliter la réalisation de ce désir; et, de son côté, le Code civil a consacré à la réintégration des Français qui ont cessé de l'être, plusieurs dispositions, variant avec le degré de faveur qu'ils méritent : ce sont, d'une part, les articles 19 et 21 qui visent spécialement, le premier, la femme française que son mariage a rendue étrangère, le second, le

Français qui a pris du service dans une armée étrangère; d'autre part, c'est l'article 18, dont la disposition est générale et qui s'applique à tous les cas de dénationalisation pour lesquels le législateur n'a pas édicté de règles particulières.

SECTION I. — *Une femme française est devenue étrangère par son mariage avec un sujet étranger.*

L'article 19, al. 1er *in fine*, dispose que, « si son mariage est dissous par la mort du mari ou par le divorce, elle recouvre la qualité de Française avec l'autorisation du Gouvernement, pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre en déclarant qu'elle veut s'y fixer ».

La femme ci-devant française, devenue étrangère à la suite de l'union qu'elle a contractée avec un étranger, n'a donc pas besoin, pour acquérir à nouveau la nationalité qu'elle a perdue, de se soumettre aux conditions que le droit commun impose à l'étranger ordinaire, lorsqu'il sollicite sa naturalisation en France; l'admission préalable à domicile, le stage de résidence ne sont pas de rigueur pour elle. Et la faveur que la loi lui témoigne se justifie d'elle-même. Son mariage, en effet, mettait en présence deux devoirs souvent contradictoires : celui de la femme et celui de la Française; et c'est pour éviter un conflit entre ces devoirs opposés, que l'article 19 attribue à la femme française la nationalité de son mari. Mais la dissolution de ce mariage lui rend sa liberté; ses sentiments pour la France peuvent se donner libre cours et ne seront plus combattus par d'autres sentiments et par d'autres intérêts. De là la disposition de notre article.

Trois questions se posent sur ce texte :

1° A quelles *personnes* appartient-il de l'invoquer?

2° A quelles *conditions* son application est-elle subordonnée?

3° Enfin quels sont les *effets* de cette application?

1° *A quelles personnes appartient-il d'invoquer le bénéfice de l'article 19, al. 1er* IN FINE, *du Code civil?*

Ce droit n'appartient qu'aux femmes, autrefois françaises, dont le mariage a changé la nationalité.

Mais il est permis de se demander si la disposition de l'article 19 ne fait pas, en ce qui les concerne, double emploi avec celle de l'ar-

ticle 18, à laquelle nous arriverons bientôt, et dont la portée est générale.

L'ancien article 19, celui d'avant 1889, avait sans doute sa raison d'être, puisque, restituant de plein droit la qualité de Française, en dehors de tout acte officiel, et même, suivant la jurisprudence, indépendamment de toute déclaration de volonté de sa part, à la femme qui résidait en France au jour de la dissolution de son mariage, il lui faisait par cela même une situation privilégiée au regard des autres ci-devant Français qui, eux, ne pouvaient recouvrer leur nationalité perdue qu'avec l'agrément du Chef de l'État. Mais aujourd'hui ce privilège a pris fin; il a paru au législateur de 1889 qu'il y avait danger et inconséquence à le maintenir.

L'intervention du Gouvernement français, désormais toujours nécessaire à sa réintégration, en quelque lieu qu'elle habite, donne à son ancienne patrie, à laquelle elle revient, toutes les garanties désirables; mais elle la fait rentrer, semble-t-il, dans le droit commun de l'article 18, en exigeant, pour elle comme pour les autres Français dénationalisés, un décret de réintégration.

Si l'article 19 n'a voulu dire que cela, il serait évidemment superflu, en présence des termes généraux du texte qui le précède immédiatement. Mais il est possible de lui découvrir une autre signification. Loin de reproduire, dans une hypothèse spéciale, la règle commune écrite dans l'article 18, il y déroge.

En effet, c'est à la femme *dont le mariage est dissous par la mort du mari ou par le divorce* qu'il réserve le bienfait de la réintégration; c'est à la fin de l'union dans laquelle elle s'était engagée qu'il subordonne l'application de ces dispositions privilégiées. Tant que cette union subsiste, la femme, devenue l'épouse d'un étranger, est donc moins favorablement traitée que les autres ci-devant Français; et l'inégalité dans laquelle elle se trouve placée par rapport à ces derniers s'explique à merveille. Autant la France a intérêt et profit à ouvrir libéralement son sein à ceux de ses enfants qui, après l'avoir quittée, lui reviennent dégagés de tous liens et de tous devoirs, autant elle doit hésiter à accueillir à nouveau, sans épreuve préalable, une femme encore soumise à la puissance d'un mari étranger, dont l'influence sera le plus souvent hostile à notre pays. Ce n'est pas à dire sans doute que l'acquisition de la nationalité française soit interdite à cette femme; mais elle devra, pour l'obtenir, satisfaire aux conditions de la naturalisation ordinaire; elle devra avoir été admise à domicile et

avoir habité le sol français pendant trois ans, ou tout au moins y avoir résidé pendant dix années consécutives (C. civ., art. 8, III, 1° et 2°), et dans tous les cas elle devra justifier de sa capacité, selon les lois de sa nouvelle patrie; le plus souvent l'autorisation de son mari lui sera nécessaire. Et même si ce dernier sollicite, en leur nom à tous deux, la qualité de Français et détruit ainsi la présomption défavorable qui pèse sur lui, le stage de résidence autorisée sera abaissé en leur faveur à un an (C. civ., art. 8, III, 4°).

L'article 19 apporte donc une exception importante au principe général formulé dans l'article 18; il refuse aux femmes dont le mariage a changé la nationalité la ressource de la réintégration, pendant toute la durée de ce mariage; il ne s'applique qu'aux *veuves*, qu'aux *femmes divorcées*. Et il va sans dire que c'est d'après la loi étrangère, devenue leur loi personnelle, que devra être jugée la question de savoir si leur union a été régulièrement dissoute. Peu importe par exemple que le divorce ait été prononcé pour une cause qui n'est pas reconnue par la loi française! Dès avant 1884, alors que le mariage était indissoluble en France et que l'article 19 du Code civil ne s'occupait que de la réintégration de la *veuve*, il avait été jugé que la femme *divorcée* à l'étranger devait être admise à invoquer les dispositions de ce texte.

2° *A quelles conditions la femme veuve ou divorcée recouvrera-t-elle la qualité de Française?*

La réintégration de la femme qui a cessé d'être Française à la suite de son mariage avec un étranger est soumise à trois conditions :

a) Il faut qu'elle soit *capable* de changer de patrie.

b) Il faut qu'elle *réside* en France ou qu'elle y soit *revenue*.

c) Il faut enfin qu'un *décret* du Chef de l'État lui ait rendu la nationalité française.

Première condition.

Il faut que la femme veuve ou divorcée soit *capable* de changer de patrie.

Mais devra-t-on appliquer ici les règles exceptionnelles que la loi française a consacrées pour la capacité des futurs époux (C. civ., art. 1398), et admettre une femme *mineure* à redevenir Française? La question peut être discutée; mais elle nous paraît devoir être résolue par la négative. En vain ferait-on observer que, si une femme mineure est capable d'abdiquer la nationalité française par un mariage,

elle doit l'être à bien plus forte raison pour la recouvrer *quelques années plus tard*, que ce n'est pas une qualité nouvelle, mais la restitution d'une qualité lui ayant antérieurement appartenu, qu'elle réclame, etc. Nous répondrons que la femme mineure est assistée lors de son mariage par ses ascendants, dont le concours éclaire sa volonté et supplée à son incapacité ; dès lors, on a pu sans danger attacher à ce mariage un changement de patrie. Mais il n'en est pas de même pour la réintégration ; la femme doit accomplir, par elle-même, et sans assistance aucune, les formalités qu'elle nécessite ; il est donc naturel, puisque la loi n'apporte aucune dérogation formelle aux principes, de lui appliquer le droit commun de la capacité ; il faut qu'elle soit majeure et maîtresse de ses droits.

Deuxième condition.

Il faut que la femme *réside* en France ou qu'elle y soit *revenue*.

Le premier devoir de la femme qui veut redevenir Française est de témoigner qu'elle renonce sans arrière-pensée à sa patrie d'adoption, et qu'elle entend faire désormais de la France le siège de ses intérêts et de ses affaires. C'est pourquoi l'article 19 exige qu'elle y réside au jour de sa demande, ou tout au moins qu'elle y rentre, en déclarant son intention de s'y fixer.

Cette déclaration ne paraît imposée qu'à la femme qui revient en France pour y obtenir sa réintégration ; le séjour prolongé que la veuve ou la femme divorcée y a fait après la dissolution de son mariage est une manifestation suffisante de ses sentiments et n'a pas besoin d'être corroboré par un autre acte de sa volonté.

D'ailleurs, il est évident que, si la femme, quoique résidant habituellement en France, se trouve momentanément à l'étranger au jour de l'introduction de sa demande, elle n'en peut pas moins invoquer le fait de cette résidence pour se soustraire à l'obligation de déclarer l'intention où elle est de se fixer parmi nous ; et inversement sa présence accidentelle sur le territoire français à ce jour ne lui tiendrait pas lieu de la résidence prévue par l'article 19.

Nous pensons que la déclaration doit être faite devant le maire de la commune où la femme veut s'établir (arg. C. civ., art. 104). En effet, lorsque l'article 9 du décret du 13 août 1889 attribue à nos agents diplomatiques ou consulaires à l'étranger compétence exclusive pour recevoir la soumission de fixer leur domicile en France, exigée de certaines personnes aspirant à la nationalité française, il n'a en vue que l'hypothèse prévue par l'article 9 du Code civil, c'est-à-dire l'in-

dividu né d'un père étranger sur notre territoire. Et, d'autre part, il n'est pas possible de faire rentrer la déclaration requise de la femme parmi celles qui ont pour effet d'acquérir ou de répudier la qualité de Français, et dont l'article 6 du même décret a confié la réception aux juges de paix : ce n'est pas cette déclaration, simple préliminaire, mais le décret de réintégration auquel nous arrivons maintenant, qui restitue la nationalité française à celle que l'article 19 du Code civil en avait privée.

Troisième condition.

Il faut qu'un *décret* du Chef de l'État ait rendu à la femme veuve ou divorcée la nationalité qui lui appartenait avant son mariage.

Le texte nouveau, nous l'avons déjà dit, ne fait plus aucune distinction, à ce point de vue, entre la femme résidant en France, au jour de la dissolution de son mariage, et celle qui a conservé son habitation sur le sol étranger. Dans un cas comme dans l'autre, l'autorisation du Gouvernement français est indispensable à la réintégration; et l'on est en droit d'en conclure que la femme, autrefois française, dont le mariage a pris fin, est absolument dans la même situation que tout autre ci-devant Français.

Tout ce qui sera dit ci-dessous (p. 197) de la procédure de la réintégration ordinaire recevra donc ici son application.

3° *Quels sont les effets de la réintégration obtenue par application de l'article 19 du Code civil?*

Aussitôt que la femme veuve ou divorcée a satisfait aux conditions spécifiées par cet article, elle redevient Française; mais elle ne le redevient que pour l'avenir (C. civ., art. 20).

La réintégration obtenue par la mère, dans les termes de l'article 19, profitera-t-elle à ses enfants mineurs? c'était autrefois une question discutée; mais la jurisprudence et la majorité des auteurs l'avaient résolue par la négative. Les idées nouvelles qui ont inspiré la loi du 26 juin 1889 (art. 12 et 18) auraient dû, semble-t-il, amener un revirement à cet égard et faire associer de droit l'enfant mineur aux conséquences du changement survenu dans la nationalité de sa mère, tout au moins dans le cas de prédécès du père étranger. La veuve succédant alors à la puissance paternelle et aux droits que ce dernier exerçait durant le mariage sur la personne et sur les biens de ses enfants, n'est-il pas juste, en effet, d'attribuer à sa réintégration, en ce qui les concerne, les mêmes effets qu'auraient eus pour eux l'acqui-

sition de la nationalité française par leur père? La Section de législation du Conseil d'État s'était prononcée en ce sens;

Néanmoins c'est un système différent qui a prévalu:

Les enfants mineurs de la veuve d'origine française n'acquièrent pas *hic et nunc* la qualité de Français, par le fait de la réintégration de leur mère. Il a paru sans doute que le nom qu'ils portent, que leurs devoirs envers leur famille paternelle, que les biens qu'ils possèdent à l'étranger peuvent exiger qu'ils conservent la nationalité de leur père; et c'est à la femme survivante que la loi s'en remet du soin d'apprécier quel est le parti qui doit leur être le plus avantageux; l'affection qu'elle leur porte l'éclairera sur leurs véritables intérêts. Si donc la mère trouve bon que ses enfants encore mineurs soient compris dans la mesure qu'elle sollicite pour elle-même, elle doit aussi les comprendre dans sa demande de réintégration; et le décret qui lui rendra son ancienne patrie pourra en même temps les admettre à la nationalité française.

Mais le silence gardé par la mère, en ce qui les concerne, au jour de la demande, n'entraîne nullement leur forclusion; ils ne sont pas pour cela déchus de la faculté de devenir Français avant leur majorité, dans le cas où des circonstances nouvelles, par exemple des nécessités de carrière, leur feraient désirer cette qualité. Toutefois ce n'est plus alors à leur mère, mais au tuteur autorisé par le conseil de famille qu'il appartient de provoquer le décret spécial qui la leur conférera.

La règle adoptée par l'article 19 présente à nos yeux le grand inconvénient de fixer d'une manière définitive la nationalité de mineurs, en dehors de toute manifestation personnelle de leur volonté. Tout au moins eût-il convenu de leur réserver, lors de leur majorité, une faculté d'abdication semblable à celle qui est reconnue aux enfants de l'étranger naturalisé français (C. civ., art. 12, § 3) et aux enfants du ci-devant Français qui revient à la nationalité française, dans les termes de l'article 18[1]. Il y a là une inégalité qui s'explique d'autant moins que les liens qui rattachent l'enfant à la patrie étrangère de son père décédé sont plus puissants, et qu'ils n'ont pas été rompus, comme dans les hypothèses prévues par les articles 12 et 18, par le changement de patrie réalisé en la personne de ce dernier lui-même.

[1] Cette faculté de répudiation se trouve consacrée par l'article 6, al. 2, du décret du 28 février 1899 sur la naturalisation en Tunisie.

Section II. — *Un Français a perdu sa nationalité en prenant du service militaire à l'étranger.*

De l'article 21 du Code civil il résulte que « le Français qui, sans autorisation du Gouvernement, prendra du service militaire à l'étranger ne pourra rentrer en France qu'en vertu d'une permission accordée par décret, et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger pour obtenir la *naturalisation ordinaire* ».

Cette disposition est particulièrement rigoureuse. Désireuse de punir le Français qui s'est enrôlé dans une armée étrangère sans l'aveu de son Gouvernement, et qui s'est ainsi mis dans le cas de combattre sa patrie d'origine, la loi française ne tient aucun compte des liens qui l'ont autrefois rattaché à la France; elle le traite comme un étranger qui a toujours été étranger, et lui refuse le bénéfice de l'article 18 du Code civil. Si donc il veut recouvrer sa nationalité ancienne, il doit solliciter et obtenir la naturalisation, dans les termes du droit commun, en se conformant aux règles que nous avons exposées ci-dessus.

Encore pourrait-on soutenir, en s'attachant à la lettre de l'article 21, que le ci-devant Français est moins bien traité à ce point de vue que l'étranger d'origine; qu'en le soumettant aux formalités de la *naturalisation ordinaire*, notre texte lui a par là même interdit d'invoquer les dispositions privilégiées de l'article 8-3° et 4° du Code civil. Mais telle n'est évidemment pas la pensée de la loi; c'est assez qu'elle retire au Français qui a pris du service militaire à l'étranger le bienfait de son origine, sans qu'elle se montre pour lui plus exigeante qu'elle ne le serait en présence d'un étranger quelconque. L'ancien article 21 du Code civil subordonnait la réintégration du ci-devant Français à l'accomplissement des « conditions imposées à l'étranger *pour devenir citoyen* »; il ne distinguait pas entre la naturalisation ordinaire et la naturalisation privilégiée, et rien, dans les travaux préparatoires, ne montre que la rédaction nouvelle qui lui a été donnée ait entendu innover sur ce point.

Quant aux effets de la réintégration obtenue conformément à l'article 21 du Code civil, ils ne sont autres, aussi bien au point de vue du temps dans lequel ils se produisent qu'au point de vue des personnes qui y ont part, que ceux de la naturalisation avec laquelle

cette réintégration se confond; nous nous contenterons de renvoyer, en ce qui les concerne, à nos explications antérieures.

Notons cependant qu'à la différence de l'étranger naturalisé, le ci-devant Français est admis, à compter du jour de sa réintégration, à la jouissance intégrale de ses droits politiques : l'article 3 de la loi du 26 juin 1889 ne fait aucune distinction, lorsqu'il dispose que « *les Français qui recouvrent cette qualité, après l'avoir perdue,* acquièrent immédiatement tous les droits civils et politiques, même l'éligibilité aux assemblées législatives. »

SECTION III. — *Un Français a perdu sa nationalité en dehors des deux hypothèses précédentes.*

C. civ., art. 18 : « Le Français qui a perdu sa qualité de Français peut la recouvrer pourvu qu'il réside en France, en obtenant sa réintégration par décret.

« La qualité de Français pourra être accordée par le même décret à la femme et aux enfants majeurs, s'ils en font la demande.

« Les enfants mineurs du père ou de la mère réintégrés deviennent Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'article 8-4° ».

Nous avons à nous demander sur cet article :

1° A quelles *personnes* appartient le bénéfice qu'il consacre :

2° A quelles *conditions* il subordonne le recouvrement de la nationalité perdue;

3° Quels sont les *effets* de son application.

1° *Quelles personnes sont admises à se prévaloir de l'article 18 du Code civil?*

« Le Français qui a perdu sa qualité de Français peut la recouvrer ». Cette disposition est générale et paraît embrasser tous les cas assez nombreux, où le Français soit d'origine, soit devenu tel par un fait postérieur à sa naissance, a été dépouillé de sa nationalité, en dehors des deux hypothèses qui viennent d'être étudiées, c'est-à-dire l'acquisition volontaire d'un indigénat étranger par l'effet d'une naturalisation ou de la loi, l'acceptation et la conservation de fonctions publiques conférées par un Gouvernement étranger, le commerce et la possession d'esclaves, une cession de territoire non suivie d'option pour la nationalité de l'État cédant.

On a pourtant essayé de soutenir que l'article 18 ne peut être invoqué par les Français dont une cession de territoire a changé la nationalité, que, pour eux, le seul moyen de redevenir Français est, à défaut d'une option exprimée en temps utile, la naturalisation du droit commun.

En effet, le Code civil ayant écarté de ses prévisions l'hypothèse d'un démembrement du territoire français, n'a pu songer à faciliter à ceux qui en seraient victimes le retour à la patrie française : ce serait donc étendre la portée de l'article 18 contre l'esprit de sa rédaction que de leur en faire application. Et cette solution, ajoute-t-on, est d'ailleurs conforme au principe du droit des gens qui veut que les habitants d'une province annexée soient réputés avoir toujours été sous l'allégeance de l'État qui l'acquiert. Autrement, eût-il été besoin de créer pour les populations des provinces séparées de la France en 1814 un mode particulier de naturalisation[1] ?

Ce point de vue nous paraît inexact.

Le prétendu principe du droit des gens que l'on nous oppose n'est écrit nulle part; la jurisprudence l'a maintes fois condamné. Et puis, sans insister sur ce qu'il y aurait de bizarre et d'inconséquent dans une législation qui réserverait toutes ses faveurs au Français qui, volontairement, a cessé de l'être, et qui assujettirait aux lentes formalités de la naturalisation ordinaire celui qu'une conquête a, malgré lui, séparé de sa patrie, on peut, croyons-nous, trouver dans les travaux préparatoires du Code civil de 1804, dont le nouvel article 18 s'est, à peu de choses près, approprié la formule, la preuve qu'il n'avait pas entendu consacrer une semblable iniquité. Dans les observations échangées au cours de la discussion, apparaît à plusieurs reprises la préoccupation de faciliter aux annexés le recouvrement de leur nationalité perdue. Le projet de l'article 18 portait ces mots : « Le Français qui aura *abdiqué* la qualité de Français..... »; mais cette rédaction ayant été trouvée trop étroite parce qu'elle aurait paru se limiter aux cas de dénationalisation énumérés par l'article 17, on lui substitua la formule suivante : « Le Français qui aura *perdu* la qualité de Français..... », qui comprend sans aucun doute le changement de patrie subi par le Français à la suite d'une annexion. La disposition de cet article était donc générale; et elle l'est demeurée sous sa forme nouvelle; il faudrait une loi, comme celle de 1814, pour la rendre inapplicable aux victimes de tel ou tel démembrement.

[1] V. ci-dessus, p. 171, *ad notam*.

En fait, le Gouvernement français s'est décidé, après quelques hésitations, à accorder le bénéfice de l'article 18 aux Alsaciens-Lorrains, devenus Allemands, faute d'option. Le mode spécial de réintégration établi par l'article 21 du Code civil ne leur serait pas imposé, le cas échéant, puisqu'ils étaient Allemands au jour de leur entrée au service, et que leur incorporation, étant volontaire, exclut toute idée d'abdication d'une nationalité qu'ils n'ont plus, et tout reproche de félonie.

2° *A quelles conditions l'article 18 subordonne-t-il le recouvrement de la nationalité perdue?*

Le ci-devant Français qui veut recouvrer la nationalité française par application de l'article 18 du Code civil, doit remplir plusieurs conditions :

a) Il faut qu'il soit *capable* de changer de patrie;

b) Il faut qu'il *réside* en France;

c) Il faut qu'il obtienne sa réintégration par *décret*.

Première condition.

Il faut que le ci-devant Français soit *capable* de changer de patrie.

Quoique la loi ne le dise pas en termes formels, il n'est pas douteux que le Français qui a cessé de l'être ne doive, pour le redevenir, être capable de changer de patrie, suivant la loi du pays auquel il appartient actuellement; c'est l'application de la règle générale que nous avons posée au début de ce chapitre et dont, sauf quelques rares exceptions, nous avons retrouvé l'influence dans tous les cas de dénationalisation qui ont été examinés ci-dessus. Le mineur ne serait donc pas admis à invoquer le bénéfice de l'article 18.

La question s'est posée à différentes reprises pour des mineurs originaires d'Alsace-Lorraine. La loi allemande du 1er juin 1870 (art. 13-1°, 15 et 17) permet à tout individu dispensé du service militaire actif en temps de paix, c'est-à-dire mineur de dix-sept ans ou majeur de vingt-cinq, de *réclamer* aux autorités administratives supérieures du pays un permis d'émigration qui suffit à le dénationaliser, pourvu qu'il ait transféré dans les six mois son domicile hors du territoire allemand (art. 18). Mais le Gouvernement impérial, craignant que le droit commun ne fût trop favorable aux Alsaciens-Lorrains et ne les invitât à soustraire leurs enfants au service militaire allemand au moyen d'un permis d'émigration obtenu pour eux avant l'âge de dix-sept ans, allégua que les mineurs de dix-sept ans, n'ayant pas, aux termes de l'article 108 du Code civil français, demeuré en vi-

gueur aux pays annexés, de domicile distinct de celui de leurs représentants légaux, étaient incapables d'effectuer par eux-mêmes le transfert de domicile exigé par la loi et par suite de répudier la nationalité allemande. L'objection, il est vrai, pouvait être éludée, et elle l'a été aisément dans la pratique, par une émancipation qui, en donnant au mineur âgé de quinze ans le droit d'avoir un domicile particulier, le mettait ainsi à même de profiter de la dénationalisation. Mais, quoique muni d'un permis d'émigration régulier et reconnu tel par l'autorité allemande, le mineur émancipé n'est admis par le Gouvernement français à recouvrer la nationalité française que lorsqu'il atteint l'âge de vingt et un ans; la pratique administrative est constante.

Deuxième condition.

Il faut que le ci-devant Français réside en France.

Son retour au pays natal est une garantie de la sincérité des sentiments dont il fait profession; avant de recouvrer le titre et les droits de citoyen français, il est indispensable qu'il ait marqué l'intention d'en remplir les devoirs dans l'avenir, en se mêlant à ses compatriotes d'autrefois; aussi, bien que la loi semble se contenter d'une *résidence*, c'est-à-dire d'un simple établissement de fait sur la terre française, n'hésitons-nous pas à croire que la condition qu'elle a mise à la réintégration ne serait pas accomplie par le Français dénationalisé qui, revenant momentanément en France, aurait conservé son *domicile* en pays étranger.

Troisième condition.

Il faut que le ci-devant Français obtienne un décret de réintégratio

L'ancien article 18 du Code civil exigeait que le Français devenu étranger et voulant cesser de l'être eût été autorisé par le Chef de l'État à rentrer en France et qu'il déclarât, lors de son retour, sa volonté de se fixer en France : dès qu'il avait satisfait à cette double condition, sa réintégration s'opérait de plein droit. Il est vrai que la pratique n'avait pas tardé à modifier la règle posée par la loi, à substituer à l'autorisation préalable de retour une concession directe de la nationalité française, une véritable réintégration par décret : la déclaration d'intention elle-même était ainsi devenue superflue.

Mais ce qui n'était jusqu'à ce jour qu'un usage administratif, dépourvu de force et de sanction légales, a reçu de la loi du 26 juin 1889 une consécration formelle; désormais la réintégration du ci-

devant Français dans son ancienne patrie est, en droit comme en fait, une naturalisation, privilégiée sans doute, mais soumise aux formalitées établies pour l'admission des étrangers ordinaires au droit de cité; l'article 2 du décret du 13 août 1889 est également applicable aux deux hypothèses.

3° *Quels sont les effets de l'application de l'article 18?*

Dès que les conditions qui viennent d'être énumérées ont été accomplies, le ci-devant Français recouvre sa nationalité première; et dès lors il est assimilé, en ce qui concerne les droits et les obligations, aux Français qui n'ont jamais cessé de l'être. A ce point de vue, sa condition est plus favorable que ne l'est celle de l'étranger naturalisé français; l'article 3 de la loi du 26 juin 1889 porte en effet qu'à la différence de ce dernier, « il acquiert *immédiatement* (c'est-à-dire à compter du décret) tous les droits civils et politiques, même l'éligibilité aux assemblées législatives ». Et c'est justice; son origine rend inutile tout stage d'épreuve et garantit son attachement à la France. Mais, d'autre part, l'époque du tirage au sort est retardée pour lui, comme pour les individus devenus Français par voie de naturalisation (L. du 15 juillet 1889, art. 12); il est inscrit sur le tableau de recensement de la première classe formée après son changement de nationalité, et n'est cependant assujetti qu'aux obligations de service de la classe à laquelle il appartient par son âge.

Le recouvrement de la qualité de Français ne produit ses effets que dans l'avenir. L'article 20 du Code civil le dit en termes exprès; et il n'était pas inutile de le dire, pour établir une différence entre le régime nouveau et le *jus postliminii* du droit romain, d'une part, les *lettres de déclaration* de notre droit monarchique, de l'autre. Les droits des tiers en effet auraient été singulièrement compromis par la rétroactivité attachée à une réintégration qui peut être demandée à toute époque.

Sous le régime du Code civil de 1804, il était communément admis que la réintégration était *personnelle* au ci-devant Français, et ne s'étendait de plein droit ni à sa femme, ni à ses enfants, même mineurs; mais la loi du 14 février 1882 avait attribué à ces derniers certaines facilités. Après avoir disposé que l'enfant mineur d'un étranger naturalisé Français peut, à l'époque fixée par les lois et les règlements, s'engager volontairement dans les armées françaises et

entrer dans nos grandes écoles, en déclarant, avec l'assistance de ses représentants légaux, renoncer à la qualité d'étranger et adopter la nationalité française, elle ajoutait : « La même faculté est accordée, et aux mêmes conditions, aux enfants *mineurs* d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français *par l'une des trois causes exprimées dans l'article 17 du Code civil*, si le père recouvre sa nationalité d'origine, conformément à l'article 18. Les enfants *majeurs* pourront réclamer la qualité de Français par une déclaration faite dans l'année qui suivra le jour où le père a recouvré sa nationalité. »

La loi de 1889, poursuivant l'assimilation, déjà réalisée en la forme, entre la réintégration et la naturalisation proprement dite, étend à la famille du ci-devant Français qui a recouvré sa nationalité première, les règles qu'elle a appliquées à la femme et aux enfants de l'étranger naturalisé Français. Sans revenir sur les développements que ces règles ont reçues plus haut, nous nous contenterons de dire que, si la femme et les enfants majeurs du réintégré ne deviennent Français que *sur leur demande*, les enfants mineurs acquièrent de plein droit cette qualité et la conservent, à moins qu'ils ne l'aient déclinée dans l'année de leur majorité, conformément à l'article 8-4° du Code civil (C. civ., art. 18, §§ 2 et 3; Décret du 13 août 1889, art. 5); tout ce qui a été dit à propos des effets de la naturalisation reçoit ici son application.

APPENDICE. — *Des enfants nés de parents dont l'un a perdu la qualité de Français.*

La loi, qui associe dans une certaine mesure les enfants du ci-devant Français aux effets de la réintégration obtenue par leur père (C. civ., art. 18), a cru devoir également faciliter l'acquisition de la nationalité française à ceux dont les parents, autrefois Français, n'ont pu ou voulu recouvrer cette qualité. « Tout individu né en France ou à l'étranger de parents dont l'un a perdu la qualité de Français pourra, dit l'article 10 du Code civil, réclamer cette qualité, à tout âge, aux conditions fixées par l'article 9, à moins que, domicilié en France et appelé sous les drapeaux lors de sa majorité, il n'ait revendiqué la qualité d'étranger. »

Les principes généraux veulent que l'enfant qui naît d'un Français devenu étranger soit étranger comme son père *jure sanguinis;* il n'a jamais été Français lui-même, et il semble que, pour acquérir cette

nationalité, le droit commun de la naturalisation doive lui suffire. Cependant le législateur, aussi bien en 1889 qu'en 1804, lui a fait une situation privilégiée, et l'*Exposé des motifs* présenté par Boulay nous rend compte des raisons qui l'ont inspiré : « Bien que le père ait perdu la qualité de Français, le fils n'en est pas moins formé de sang français; la perte de cette qualité n'est qu'un accident qui est personnel au père, fruit de son inconstance ou de son inconduite. Pourquoi la naissance du fils en souffrirait-elle? S'il ne partage pas les sentiments de son père, s'il porte ses regards vers la patrie que la nature lui destinait, s'il y est ramené par son amour pour elle, pourquoi ne l'y recevrait-elle que comme un étranger? Elle doit le traiter comme un enfant qui vient retrouver sa famille et qui invoque la faveur de son origine[1]. » La disposition de l'article 10 est donc une extension du *jus sanguinis* à l'enfant dont le père, bien qu'étranger au jour de sa naissance, a autrefois été investi de la qualité de Français.

Cela dit, demandons-nous :

1° Quelles *personnes* sont admises à réclamer le bénéfice de l'article 10;

2° Quelles sont les *conditions* exigées par cet article;

3° Quels sont les *effets* de son application.

1° Quelles personnes sont admises à réclamer le bénéfice de l'article 10?

« Tout individu né *en France ou à l'étranger* de parents *dont l'un a perdu la qualité de Français* pourra réclamer cette qualité, » nous dit notre texte.

Le lieu de naissance de l'enfant n'importe nullement. De quelque pays qu'il soit originaire, le bénéfice de l'article 10 lui est offert. La nouvelle rédaction adoptée donne à cet égard pleine satisfaction aux critiques soulevées par l'ancien article 10, § 2, qu'elle remplace. Ledit article ne s'occupait que des enfants *nés à l'étranger* d'un ci-devant Français et ne disait rien de ceux qui étaient nés sur le sol français et qui, à plus forte raison, semblait-il, auraient dû avoir part à ses avantages.

A la vérité on faisait observer que ce défaut apparent de rédaction n'avait peut-être pas une grande portée, l'article 9 ayant déjà réglé

[1] Locré, *Législation civile*, t. I, p. 423.

la situation juridique des enfants nés en France de parents étrangers et leur ayant précisément appliqué le même traitement qui résultait de l'article 10 pour les enfants nés de parents autrefois Français. Mais il était facile de répondre que l'identité n'était pas complète, que l'article 10 était plus large que l'article 9, puisqu'il n'assignait aucun délai de rigueur à ceux qui voudraient l'invoquer, et qu'ainsi il y aurait eu grand avantage pour l'enfant *né en France d'un ci-devant Français* à se prévaloir de l'article 10.

Le législateur de 1889 a heureusement comblé cette lacune.

Un doute a été émis sur le point de savoir si le bénéfice de l'article 10 doit être reconnu à l'enfant d'une personne qui, devenue momentanément française par le fait d'une annexion de territoire, a perdu cette qualité à la suite d'un nouveau remaniement territorial. Le sang qui coule dans les veines de cet enfant, a-t-on dit, n'est pas du sang français : son origine est étrangère et lui enlève tout droit au bienfait du *jus sanguinis*. D'autre part, c'est un principe du droit des gens, que les habitants d'un territoire cédé soient réputés, à moins d'une manifestation expresse de leur volonté, avoir toujours appartenu à leur dernière patrie. Le père de l'enfant doit donc être considéré comme n'ayant jamais été Français ; et l'article 10 devient inapplicable.

Cette doctrine, à laquelle la jurisprudence semble s'être ralliée, est plus que contestable, à notre avis. Le prétendu principe du droit des gens sur lequel elle se fonde n'est écrit nulle part et n'a aucune valeur juridique, nous l'avons déjà dit. Quant à la raison, plus sérieuse, tirée de l'origine étrangère de l'enfant, si elle devait prouver quelque chose, elle prouverait trop ; elle conduirait à dire que l'enfant né d'un étranger qui, après s'être fait naturaliser Français, a recouvré sa nationalité première, ne pourra jamais exciper de l'article 10 ; il faudrait remonter en arrière, interroger la nationalité de ses ascendants, et ne lui conférer la qualité de Français qu'autant qu'il aura justifié d'une origine véritablement et exclusivement française. L'article 10 résiste à cette interprétation rigoureuse ; il ne se préoccupe que de la nationalité des *parents*. Nous croyons donc qu'il suffit qu'à un moment quelconque, l'un des parents de l'enfant ait eu la qualité de Français, pour que celui-ci puisse invoquer la disposition favorable de ce texte.

Et, si la manière dont son père ou sa mère a acquis la nationalité française importe peu, au point de vue de l'application de notre ar-

ticle, il faut en dire autant de la manière dont ils l'ont perdue. Seraient sans doute admis à réclamer la qualité de Français les enfants nés, postérieurement à l'annexion de 1871, de parents alsaciens-lorrains devenus Allemands.

Observons enfin que l'article 10 ne s'applique qu'aux *enfants* du ci-devant Français, et que son bénéfice doit être refusé à ses descendants au deuxième degré ou à un degré inférieur. Cette décision est conforme au texte aussi bien qu'à l'esprit de la loi : au *texte;* en effet, l'article 10 ne parle que de l'individu *né d'un Français ou d'une Française* qui aurait perdu cette qualité; or, le descendant au deuxième degré d'un ci-devant Français n'est pas né directement de lui, mais d'un *étranger* qui, vraisemblablement, l'a toujours été; à l'*esprit de la loi;* en effet, le législateur a pensé que l'enfant né d'un ci-devant Français a été élevé par lui dans l'amour de son ancienne patrie[1]; si son père est lui-même né à l'étranger et a toujours conservé sa qualité d'étranger, il n'existe plus de raison pour lui faciliter l'acquisition de la nationalité française.

2° A quelles conditions l'article 10 subordonne-t-il l'acquisition de la nationalité française?

Ces conditions sont celles énoncées à l'article 9 du Code civil. Nous ne pouvons que renvoyer à ce texte et aux développements que nous lui avons consacrés.

Mais, pour que l'option prévue par l'article 9, et qui peut être faite à tout âge, soit recevable, encore faut-il, si l'on en croit l'article 10, que, « *domicilié* en France et appelé sous les drapeaux lors de sa majorité, le fils du ci-devant Français n'ait pas revendiqué la qualité d'étranger ». Avec cette disposition apparaît une difficulté sérieuse. Il n'est pas douteux, croyons-nous, que le nouvel article 10 ne concerne pas l'individu né en France d'un père qui a été Français et y ayant conservé son domicile jusqu'à sa majorité. Il n'y avait aucune raison pour déroger à son égard à l'article 8-4°, en lui conservant la nationalité actuelle de ses parents, sous la condition résolutoire d'une option pour la France; bien au contraire, le sang français qui coule dans ses veines est un motif de plus pour qu'on le déclare Français de plein droit. L'article 10 doit donc être complété et limité par l'article 8-4°, et la qualité de Français être reconnue *de plano* à l'individu dont il s'agit, sans qu'il ait besoin d'affirmer sa volonté de l'acquérir. Le silence qu'il a pu garder lors de son appel sous les drapeaux fran-

çais ne saurait en conséquence être considéré comme impliquant de sa part une option tacite pour notre patrie, à laquelle il se rattache déjà; on ne peut même y voir, nous l'avons déjà dit, une renonciation à la faculté qui lui est accordée par la loi de revenir, par une simple déclaration, à la nationalité de ses parents. Au surplus, s'il a cru devoir user de cette faculté, rien ne l'empêche de recouvrer plus tard la qualité de Français, comme tous ceux qui l'ont perdue, en se soumettant aux conditions écrites dans l'article 18 du Code civil.

Les seules personnes, auxquelles l'article 10 semble pouvoir être utilement appliqué sont donc, d'une part, l'enfant qui, né en France d'un ci-devant Français, *a conservé son domicile hors de notre pays*, de l'autre l'enfant né *à l'étranger* d'un père qui autrefois a été Français.

Or, en ce qui touche le premier, le texte lui-même prend soin de déclarer que la restriction apportée au droit d'option des enfants de ci-devant Français qui, appelés à participer aux opérations du recrutement, ont excipé de leur extranéité, lui est étrangère, puisqu'il suppose que ceux-ci sont *domiciliés en France*.

Quant à l'enfant né hors de France d'un étranger qui a été Français, la loi militaire du 15 juillet 1889 n'autorise, avant toute option de sa part, son inscription sur le tableau de recensement, que si son père a recouvré son ancienne patrie, alors que lui-même était encore mineur (Cf. C. civ., art. 18).

A quelque point de vue qu'on l'envisage, la disposition finale de l'article 10 aboutit donc à des impossibilités juridiques; pour lui découvrir une application bien incertaine et bien précaire, on est obligé d'admettre que l'individu né à l'étranger d'un ci-devant Français a, par erreur et contrairement à la loi, été porté sur les listes du contingent militaire.

3° *Quels sont les effets de l'acquisition de la nationalité française par application de l'article 10?*

Les formalités prescrites par l'article 9 une fois accomplies, l'enfant du ci-devant Français acquiert de plein droit l'ancienne nationalité de son auteur; l'arrêté d'expulsion pris antérieurement contre lui, en sa qualité d'étranger, ne l'empêche nullement de faire sa déclaration et cesse de lui être opposable[1]. Désormais il est Français et citoyen,

[1] Cass., ch. réunies, 9 décembre 1896 (*Pand. fr. pér.*, 1897. 1. 19).

électeur, immédiatement éligible aux Assemblées législatives, dans les conditions où les Français d'origine le sont eux-mêmes.

L'armée, tous les emplois publics lui sont libéralement ouverts; mais cette capacité nouvelle, il ne la revêt que pour l'avenir (C. civ., art. 20).

Enfin nous estimons, en dépit des affirmations contraires du décret du 13 août 1889 (art. 5), que la nationalité acquise par l'individu né d'un ci-devant Français dans les termes de l'article 10 lui est rigoureusement personnelle et ne rejaillit ni sur sa femme, ni sur ses enfants, majeurs ou mineurs. Il n'y a pas là une *naturalisation*, au sens de l'article 12 du Code civil, et ce serait ajouter à la loi, ce serait la faire, que d'étendre à la situation prévue par l'article 10 des règles qui n'ont en vue que la naturalisation *par décret*.

TITRE VI

Conflits de lois.

Les législations étrangères soumettent le changement de nationalité à des règles et à des conditions souvent très différentes de celles que nous venons de parcourir.

Le principe de l'allégeance perpétuelle, qui attache à toujours l'homme à la patrie que lui a donnée sa naissance, n'a pas encore été répudié par tous les Codes. Si les États-Unis, la Grande-Bretagne, la Suisse, dont quelques cantons l'avaient longtemps appliqué, y ont successivement renoncé, on en retrouve un vestige en Russie. Jusqu'en 1864, les sujets du tzar n'avaient, en dehors du mariage d'une femme russe avec un régnicole étranger, aucun moyen de se soustraire à sa domination; l'ukase du 6 mars 1864 permet aux étrangers *naturalisés* russes d'abdiquer la nationalité qu'ils ont ainsi acquise; mais semblable abdication demeure interdite aux natifs.

D'autres législations, tout en autorisant en principe la dénationalisation de ceux qu'elles régissent, la subordonnent à une autorisation de l'État auquel ils ont appartenu jusque-là, à un permis d'émigration. Il en est ainsi en Allemagne, en Hongrie, en Turquie. La loi fédérale suisse du 25 juin 1903 refuse tout effet à la naturalisation obtenue par un citoyen suisse en pays étranger, si ce dernier n'a pas formellement renoncé à l'indigénat suisse.

Tandis que presque partout aujourd'hui la naturalisation est considérée, soit comme une faveur qu'il appartient à l'État de refuser à ceux qui la sollicitent, soit comme un droit, dont l'étranger est maître de ne pas se prévaloir, la République du Vénézuéla l'*impose* à ceux qui viennent se fixer sur son sol (Loi de 1855; décret du 14 janvier 1874).

Ici elle peut être conférée par un simple acte du pouvoir exécutif; là une loi est nécessaire; et cette dernière règle est appliquée en Belgique, au Luxembourg, aux Pays-Bas, en Roumanie.

Dans quelques États, la naturalisation a pour effet, comme en France, avant 1889, d'assimiler entièrement, aussi bien au point de vue de l'exercice des droits politiques qu'au point de vue de la jouissance des droits civils, l'étranger qui l'obtient au régnicole de naissance; ailleurs on distingue deux sortes de naturalisation : la *naturalisation ordinaire*, qui confère à l'étranger tous les droits civils et les droits politiques les moins importants, et la *grande naturalisation*, pour laquelle une loi, ou tout au moins un stage assez long, est généralement de rigueur et qui, seule, peut lui ouvrir l'accès du Parlement ou des hautes fonctions gouvernementales. Cette grande naturalisation se retrouve notamment dans les législations de la Belgique, des États-Unis d'Amérique, de la République argentine, de la Hongrie, de l'Italie, du Portugal et peut-être de la Grande-Bretagne; dans d'autres pays, parmi lesquels nous citerons l'Allemagne et la Russie, elle paraît inconnue.

Plusieurs législations restreignent les effets de tout changement de nationalité à la personne même de celui qui l'a provoqué ou encouru, et conservent à ses enfants mineurs leur nationalité antérieure, à laquelle ils ne peuvent renoncer qu'en se soumettant personnellement aux conditions exigées par le droit commun; ce sont celles du Portugal, de la Roumanie, de la Russie, de la Turquie.

D'autres, très nombreuses, attribuent au changement de patrie des effets collectifs et soumettent de plein droit les enfants mineurs à l'allégeance nouvellement acceptée par le chef de famille : telles, les lois de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Bulgarie, de la Colombie, des États-Unis d'Amérique, de la Grande-Bretagne, de la Hongrie, de l'Italie, du Japon, du Luxembourg, des Pays-Bas, de la Suède, de la Norvège et de la Suisse.

Enfin les lois de la Confédération argentine, de la Belgique, du Brésil et de la Grèce, combinant les deux systèmes précédents, re-

connaissent bien que tout changement de nationalité est individuel dans ses effets, mais elles ont cru devoir faciliter aux enfants l'accès de la patrie à laquelle leur père se rattache désormais.

Si la nationalité d'origine soulève de nombreuses difficultés internationales, il doit en être ainsi, à plus forte raison, des modifications qu'elle peut recevoir. En effet, toutes les lois qui s'occupent de donner une patrie à l'enfant nouveau-né se ramènent à un très petit nombre de types principaux, dont les différences sont en général bien accusées. Les unes attribuent à l'enfant la nationalité de son père; d'autres, celle des habitants du pays où il voit le jour; d'autres, enfin, se prononcent pour un système transactionnel; et ainsi les conflits possibles sont faciles à déterminer dans leur existence, sinon toujours à résoudre. Au contraire, les règles qui gouvernent le changement de nationalité, ayant à faire face à des situations et à des nécessités d'une variété infinie, trouvent dans les diverses législations des formules très différentes et donnent par cela même naissance à des conflits innombrables, que chaque espèce revêt d'un caractère propre et d'une physionomie particulière.

A la solution de ces conflits nous appliquerons les principes qui ont été exposés précédemment [1].

Si donc le conflit s'élève entre deux nationalités, dont l'une est précisément celle des magistrats appelés à en connaître, ces derniers doivent tenir un compte exclusif de la loi au nom de laquelle ils rendent la justice; en effet, toute loi de nationalité est d'*ordre public international*.

Au contraire, la difficulté est-elle portée devant les tribunaux d'une tierce Puissance, cette dernière étant désintéressée de sa solution, on appliquera la loi de celui des deux États où la personne qu'ils réclament en même temps a son domicile; à défaut de domicile sur le territoire de l'un ou de l'autre, les juges prendront pour base de leur décision la loi dont les dispositions se rapprochent le plus de celles de la *lex fori*.

Parcourons quelques hypothèses :

a) Un individu soumis par sa loi d'origine au régime de l'allégeance perpétuelle, un natif russe par exemple, obtient sa naturalisation en France. La législation russe ne reconnaît pas la validité de cette natu-

[1] V. ci-dessus, p. 75 et s.

ralisation, et les tribunaux russes refuseront en conséquence de la tenir pour régulière, alors qu'en France le sujet russe sera considéré comme étant désormais Français; il aura donc deux patries à la fois, et, s'il retourne dans son pays d'origine, il y encourra les peines de la désertion et de l'émigration non autorisée à l'étranger.

Un aussi regrettable cumul serait sans doute évité par l'insertion dans la loi française d'une règle en vertu de laquelle la naturalisation ne pourrait être accordée qu'à l'étranger qui justifierait de la perte de sa nationalité antérieure.

La loi anglaise du 12 mai 1870 (art. 7, *in fine*), la loi luxembourgeoise du 27 janvier 1878 (art. 2), et la loi fédérale suisse du 25 juin 1903 (art. 2), nous présentent une disposition de ce genre.

b) Un sujet allemand ou hongrois se fait naturaliser en France, sans avoir obtenu des autorités de son pays d'origine le permis d'émigration, nécessaire à sa dénationalisation. Il a donc conservé au regard de ce dernier sa nationalité primitive et se trouve être, comme dans l'espèce précédente, citoyen de deux patries. La règle dont nous venons de recommander l'adoption suffirait, ici encore, à rendre le cumul impossible, en subordonnant l'acquisition de la nationalité française à la rupture préalable de toute autre allégeance; il serait même possible d'y suppléer dans une certaine mesure au moyen des traités, par lesquels les Puissances contractantes s'engageraient à reconnaître la naturalisation conférée à leurs nationaux en pays étranger et à les délier en conséquence du devoir de sujétion.

Le Gouvernement des États-Unis a conclu, depuis 1868, plusieurs arrangements diplomatiques de cette nature; le premier en date et le plus important est le traité avec la Confédération de l'Allemagne du Nord du 22 février 1868, connu sous la dénomination de traité Bancroft, du nom du ministre américain à Berlin qui l'avait négocié. Aux termes de l'article 1er de ce traité, « les nationaux de la Confédération de l'Allemagne du Nord, qui sont devenus par naturalisation citoyens des États-Unis d'Amérique et qui ont habité les États-Unis pendant cinq années consécutives, sont considérés et traités par la Confédération de l'Allemagne du Nord comme citoyens américains, et réciproquement ». Le séjour de cinq ans continué sur le sol américain, joint à la naturalisation, opère dès lors la dénationalisation du sujet allemand, alors que de droit commun un permis d'émigration, ou tout au moins une absence prolongée pendant dix ans, serait nécessaire, pour le relever de ses devoirs de sujétion (L. du 1er juin 1870, art. 13).

c) Un sujet hollandais, âgé de plus de vingt et un ans, mais mineur de vingt-trois ans, c'est-à-dire incapable, suivant sa législation nationale, obtient le droit de cité en France, où l'âge de vingt et un ans est suffisant pour la naturalisation.

Le même conflit se présente que dans les deux hypothèses qui viennent d'être examinées. Le Gouvernement néerlandais revendiquera l'émigré comme son national, et le Gouvernement français lui maintiendra la nationalité qu'il lui a conférée; cet individu aura donc deux patries. La difficulté se trouverait résolue, si la loi française faisait dépendre, ainsi que nous en avons déjà exprimé le vœu, la naturalisation d'un sujet étranger, de la preuve qu'il est en règle avec sa patrie d'origine, ou tout au moins si elle l'obligeait à justifier, d'une part qu'il est majeur et capable, suivant les lois du pays dont il sollicite l'admission, de l'autre qu'il est capable de renoncer à sa nationalité première, suivant les lois de l'État auquel il s'est rattaché jusque-là. Une règle semblable se rencontre dans la loi allemande du 1er juin 1870 (art. 8), dans le Code civil portugais (art. 19), dans la loi fribourgeoise du 15 mai 1877.

d) La Constitution de l'État de Salvador du 4 décembre 1883 conserve à la femme ressortissant à cet État sa nationalité d'origine, lorsqu'elle épouse un étranger (art. 42). Si donc son mari est Français, elle relèvera en même temps de deux patries, puisque l'article 12 du Code civil lui confère de plein droit la qualité de Française. Cet article devrait être modifié, de manière à n'associer la femme à la nationalité de son mari, que dans le cas où sa loi personnelle aurait attaché à son mariage un effet de dénationalisation; à ce prix seulement on préviendra pour elle les inconvénients qui résultent d'une double patrie.

e) Si le mariage d'une étrangère avec un Français a pour conséquence possible de lui donner deux nationalités à la fois, inversement il pouvait se faire, avant la loi de 1889, que le mariage d'une femme française avec un sujet étranger la laissât sans patrie; c'est ce qui arrivait si la législation de l'État dont relevait son mari ne lui attribuait pas la nationalité de ce dernier. En effet, tout ce que pouvait faire la loi française, c'était de retirer à la femme sa nationalité d'origine, dont le maintien était jugé incompatible avec ses devoirs nouveaux; mais il ne lui était pas permis, sans dépasser les limites de sa souveraineté, de déclarer que la patrie de son mari serait désormais la sienne. Ce conflit sera évité à l'avenir dans notre pays par l'ar-

ticle 19 du Code civil, qui subordonne la dénationalisation de la femme française à l'acquisition de la nationalité de son mari.

f) Un sujet français se fait naturaliser dans un pays où l'admission au droit de cité produit des effets collectifs, et s'applique de plein droit aux enfants mineurs du bénéficiaire, en Suisse par exemple. Quelle sera, au point de vue de la nationalité, la situation des enfants encore soumis à sa puissance?

En France, ils seront considérés comme n'ayant pas cessé d'être Français, puisque la naturalisation conférée en pays étranger est, dans notre jurisprudence actuelle, réputée personnelle à celui qui l'obtient. En Suisse, au contraire, ils seront censés compris dans la naturalisation de leur père; et ainsi ils seront réclamés par deux patries qui, toutes deux, prétendront les assujettir aux obligations qu'engendre le droit de cité, notamment au service militaire.

Le Gouvernement français s'est ému de cet état de choses et a obtenu des autorités suisses une concession importante. Le traité conclu entre la France et la Suisse le 23 juillet 1879, et promulgué par décret du 7 juillet 1880, dispose, dans son article 1er, « que les individus dont les parents, Français d'origine, se font naturaliser Suisses, et qui sont mineurs au moment de cette naturalisation, auront le droit de choisir, dans le cours de leur vingt-deuxième année, entre les deux nationalités française et suisse. Ils seront considérés comme Français jusqu'au moment où ils auront opté pour la nationalité suisse ». Ce texte fait, on le voit, aux enfants mineurs du Français naturalisé Suisse, une situation identique à celle que la loi française du 7 février 1851 (art. 2) avait faite aux enfants mineurs de l'étranger naturalisé Français; il leur donne un droit d'option, dont l'exercice est retardé jusqu'à leur majorité, et recule en conséquence pour eux l'application de la loi militaire. L'option pour la nationalité suisse résulte d'une déclaration faite par l'intéressé devant l'autorité municipale française ou suisse du lieu de sa résidence. S'il réside sur le territoire d'une tierce Puissance, il peut faire sa déclaration devant un agent diplomatique ou consulaire, français ou suisse. A défaut d'une semblable déclaration effectuée dans le cours de sa vingt-deuxième année, il est regardé comme n'ayant pas cessé d'être Français. Le service militaire ne lui est imposé en France qu'après sa vingt-deuxième année révolue. Toutefois il peut, sur sa demande, remplir, dès avant sa majorité, ses obligations militaires ou s'engager dans l'armée française, à la condition de renoncer, avec le consentement de ses représentants légaux,

à son droit d'option pour la nationalité suisse (Traité de 1879, art. 2 et 3). Enfin le traité dispose que toute déclaration d'option ou de renonciation au droit d'opter devra être communiquée par le Gouvernement qui l'a reçue à l'autre Gouvernement (art. 4).

Le traité franco-suisse de 1879 a donc heureusement résolu, dans les rapports de la France et de la République voisine, le conflit qui naît des différences de législations relativement aux effets de la naturalisation. En attendant que l'unité soit faite sur ce point dans les divers Codes, que partout la naturalisation soit individuelle ou collective, la conclusion de traités semblables avec les États si nombreux, qui associent les enfants mineurs à la naturalisation de leur père, s'impose à la sollicitude du Gouvernement français.

LIVRE DEUXIÈME

DE LA CONDITION CIVILE DES ÉTRANGERS.

Par le seul fait qu'il existe, l'homme a des droits à exercer et des devoirs à remplir. Les facultés qu'il a reçues en naissant veulent être développées et mûries; et c'est pour lui un droit en même temps qu'un devoir d'accomplir tous les actes qui tendent à la réalisation de ce but. Le rôle de la société est précisément de protéger le libre exercice des facultés individuelles, d'aider, par un concours incessant, chacun à remplir sa mission selon ses moyens et selon ses forces, sur quelque terre qu'il habite, quels que soient son âge, son sexe, sa nationalité, sa religion.

A côté de ces droits primordiaux, que nous appellerons *droits naturels*, parce qu'ils sont étroitement liés à la nature humaine et parce qu'ils appartiennent à tout homme, en vertu de la même loi naturelle qui lui a donné l'existence, l'analyse juridique découvre d'autres facultés qui sont le produit d'une civilisation relativement raffinée, d'un état social particulier. Tandis que les droits naturels, tels que le droit de mariage et le droit de propriété, doivent en principe être reconnus partout aux étrangers, comme une conséquence impérieuse de leur personnalité humaine, on comprend que les législations positives réservent parfois aux seuls nationaux les droits non essentiels que des nécessités contingentes ont fait naître et qui ne sont pas indispensables à l'existence. Ce n'est pas à dire que les étrangers doivent toujours être exclus de leur bénéfice : l'exclusion est une arme dont l'État sur le sol duquel ils se trouvent est pourvu contre eux, mais dont son intérêt bien entendu lui conseillera le plus souvent d'atténuer les coups. En un mot, la jouissance des droits naturels est le minimum de protection et de garanties que l'étranger puisse invoquer en dehors de son territoire national; mais la jouissance des autres droits pourra lui être concédée au gré de l'État qui lui offre l'hospitalité, pourvu qu'ils soient compatibles avec le maintien de sa nationalité étrangère.

CHAPITRE PREMIER

HISTOIRE DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS.

Sommaire.

I. L'étranger chez les peuples théocratiques de l'antiquité.
II. L'étranger chez les peuples commerçants ou conquérants de l'antiquité.
III. Les barbares et la féodalité.
IV. L'ancien droit monarchique français.
V. Le droit intermédiaire.

TITRE I

L'étranger chez les peuples théocratiques de l'antiquité.

Un caractère commun à toutes les théocraties, c'est-à-dire à toutes les sociétés dominées et absorbées par l'idée religieuse, c'est le mépris de l'étranger. Le national est l'élu de la Divinité; l'étranger est un être impur, exclu de la religion, et par suite de tous les droits dont elle est la source : « Le citoyen, dit M. Fustel de Coulanges, c'est l'homme qui possède la religion de la cité; c'est celui qui honore les mêmes dieux qu'elle..... L'étranger, au contraire, est celui qui n'a pas accès au culte, celui que les dieux de la cité ne protègent pas et qui n'a pas même le droit de les invoquer. Car ces dieux nationaux ne veulent recevoir de prières et d'offrandes que du citoyen; ils repoussent l'étranger; l'entrée de leurs temples lui est interdite et sa présence pendant les cérémonies est un sacrilège » [1].

Aussi toutes les législations théocratiques de l'antiquité établissent-

[1] Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. III, chap. 12.

elles entre l'indigène et l'étranger une inégalité profonde et d'autant plus ineffaçable qu'elle a son germe dans une différence de religion.

Dans l'Inde, la loi de Manou distinguait avec un soin jaloux le *brahmane* du *çoudra*. Le brahmane, c'est le vainqueur, c'est le maître; le çoudra, c'est le vaincu réduit à l'esclavage, être impur, auquel toute relation de famille ou de droit avec la caste brahmanique est sévèrement interdite.

Au-dessous du çoudra on trouve le *paria*. Le paria, appartenant aux tribus vaincues, qui n'ont pas été admises à faire partie, même au titre servile, des castes hindoues, vit en dehors de toute société civile; il est entièrement déshérité et n'a droit à aucune protection. Le législateur l'a passé sous silence.

Cependant, si misérable que soit la condition juridique du çoudra et du paria, elle pourrait encore être pour l'Européen un objet d'envie; le paria lui-même se souillerait en partageant ses repas; et ce qui fait l'abjection du çoudra et du paria, ce qui fait celle de l'Européen, c'est que les uns et les autres sont exclus de la caste religieuse des brahmanes.

En Égypte, tant que la religion et le sacerdoce y furent tout-puissants, l'étranger fut en butte à l'aversion la plus cruelle. Le peuple égyptien se croyait appelé à gouverner le monde et à exécuter contre les nations étrangères, déclarées impures et perverses, les arrêts de la justice divine. Cet orgueil excessif se traduisait par un mépris immense de tout ce qui n'était pas autochthone. Une des principales pyramides de l'Égypte portait cette fière inscription : *Pas un homme du pays n'y a travaillé;* et la haine de l'étranger apparaît encore dans ce passage d'Hérodote : « Il n'y a point d'Égyptien qui voulût embrasser un Grec, ni même se servir du couteau d'un Grec, ni goûter de la chair d'un animal qui aurait été coupée avec le couteau d'un Grec ».

Cependant l'extension du commerce de l'Égypte, coïncidant avec la disparition du régime théocratique, ouvrit pour les étrangers une ère de faveurs sur le sol égyptien. Le roi Bocchoris les dispensa de la contrainte par corps en matière civile; Psammétichus institua une corporation d'interprètes et attribua à ces Grecs, autrefois méprisés, des terres sur ses domaines (an 650 av. J.-C.).

Le peuple hébreu, dont la constitution également sacerdotale faisait une caste élue, était condamné par la loi mosaïque à l'isolement le

plus complet vis-à-vis de l'étranger. « Je suis l'Éternel *votre* Dieu, dit la loi, *qui vous ai séparés des autres peuples* ». Et l'histoire sainte nous a conservé le souvenir de la barbarie dont les Hébreux ont fait preuve au regard des vaincus. Arrivant en Palestine, ils mettent tout à feu et à sang pour se préserver du contact de l'idolâtrie. Certains textes disposent qu'à l'égard de l'étranger l'usure est licite, que seul il peut être soumis à une servitude perpétuelle. Enfin il ne peut transmettre de succession ni testamentaire ni *ab intestat*.

Il est vrai que d'autres passages des saints livres semblent témoigner à l'étranger une compassion véritable et recommandent de pratiquer envers lui l'hospitalité. Enfin, les peines étaient égales pour tous, quelle que fût la nationalité du délinquant ou de la victime; et l'accès des villes de refuge instituées par Moïse n'était pas refusé à l'étranger.

Mais ces dispositions bienveillantes laissent entières les prescriptions rigoureuses de la législation mosaïque à l'égard des étrangers. Si dans un intérêt de justice universelle, auquel le peuple de Dieu ne pouvait se montrer insensible, elles invitent les Israélites à pratiquer envers eux la charité individuelle, en souvenir de ce qu'eux-mêmes ont eu à souffrir sur la terre d'Égypte, elles ne touchent pas à la barrière politique qui sépare les Hébreux des Gentils, qui sont souillés et exclus de la communion des fidèles.

Ainsi, dans la Judée comme en Égypte, comme dans l'Inde, quoique à des degrés divers, les croyances religieuses établissent entre le national et l'étranger une inégalité que rien ne peut faire disparaître.

TITRE II

L'étranger chez les peuples commerçants ou conquérants de l'antiquité.

L'isolement auquel l'intolérance religieuse condamnait les théocraties anciennes a été de bonne heure battu en brèche par deux forces irrésistibles, par la *guerre* et par le *commerce*. Les guerres et les conquêtes, en mettant les peuples en présence dans l'égalité des champs de bataille et dans les traités; le commerce, qui, suivant l'expression de Montesquieu, « guérit des préjugés destructeurs[1] », ont

[1] *Esprit des lois*, liv. XX, chap. 1.

beaucoup fait pour l'avancement des relations internationales et pour l'amélioration du sort de l'étranger; il suffit pour s'en convaincre de jeter un coup d'œil sur la législation d'Athènes, la ville commerçante, et sur celle de Rome, la cité conquérante et guerrière.

Droit athénien[1]. — Tandis que la loi de Lycurgue avait cru bien faire en bannissant du sol lacédémonien, avec le commerce, avec l'industrie, avec la pratique des arts, tous les éléments étrangers, la législation athénienne au contraire facilitait l'accès du territoire de la cité aux étrangers qui, en y apportant leurs produits, leurs talents et leur or, contribuaient à sa renommée et à sa richesse.

Il faut cependant se garder de croire que la condition juridique du citoyen d'Athènes et celle de l'étranger aient été entièrement semblables; d'importantes différences les séparent.

Le droit athénien distinguait trois classes d'étrangers : les *isotèles*, les *métèques* et les *barbares*.

Les isotèles sont les étrangers qui ont obtenu, par l'effet d'un traité ou d'un décret populaire, la concession de tout ou partie des droits civils sur le sol de la République, par exemple le droit d'ester en justice, sans l'assistance d'un citoyen, devant les tribunaux d'Athènes, le droit de se marier, le droit d'acquérir des propriétés foncières. Parfois même le traité stipule pour les nationaux de chacun des deux États contractants la jouissance intégrale du droit de cité sur le territoire de l'autre; il prend alors le nom de traité d'*isopolitie*.

Le métèque est l'étranger autorisé à s'établir à Athènes, à la suite d'une enquête à laquelle il est procédé par les soins de l'aréopage; il ne peut y posséder d'immeubles; il ne peut transmettre ou recevoir par testament; le mariage qu'il contracte avec une femme athénienne ne produit pas en principe les effets d'une union légitime, et les enfants auxquels un semblable mariage donne naissance sont assimilés aux bâtards. La justice elle-même est régie par des règles particulières pour le métèque; il relève d'une juridiction particulière, celle du *polémarque*, et ne peut plaider devant lui sans l'assistance d'un *proxène;* les peines qui peuvent l'atteindre sont plus rigoureuses que celles dont l'Athénien est passible : tel crime qui, commis par un citoyen, aurait été puni de l'exil, entraîne pour l'étranger la peine de

[1] V. Clerc, *Les métèques athéniens*, Paris, 1893.

mort. Enfin, au point de vue du droit public, le métèque doit payer à l'État une contribution importante, comme prix de son séjour sur le sol attique et comme salaire de la protection dont il y jouit; il est tenu, comme l'Athénien lui-même, de prendre les armes pour la défense de la République; mais à l'armée, comme dans les fêtes, comme dans les lieux publics, il est toujours relégué à la place et aux fonctions les moins honorables.

A côté des isotèles et des métèques, qui sont des étrangers privilégiés, on trouve à Athènes les barbares qui, nés et vivant en dehors de la civilisation grecque, sont en principe destitués de tout droit et de toute protection. Cependant il est probable que cette rigueur excessive n'avait pas survécu à l'accroissement des relations commerciales d'Athènes avec le dehors.

Et d'ailleurs les facilités très grandes que rencontrait la naturalisation dans le dernier état du droit athénien permettaient à l'étranger de se soustraire, par l'acquisition du droit de cité, à la plupart des incapacités qui pesaient sur lui.

Droit romain. — De bonne heure, le législateur romain avait compris que le plus sûr moyen d'assurer le développement de l'Empire était d'associer à sa fortune les peuples vaincus, en leur concédant des droits et des avantages, destinés à compenser leurs libertés perdues. Plus les territoires conquis étaient voisins de Rome, centre de l'Empire, plus le besoin de s'attacher leurs populations, sinon par la reconnaissance, du moins par l'intérêt, se faisait impérieusement sentir; et c'est ainsi que nous pouvons nous rendre compte des différences de conditions qui, avant la constitution de Caracalla, partageaient en diverses catégories les habitants de l'*orbis romanus*. Il est permis de dire d'une manière presque absolue que l'étendue de leur capacité était en raison inverse de leur éloignement de la capitale. Parmi les cités italiennes, les unes avaient reçu le droit de cité dans toute sa plénitude; d'autres avaient été admises, *jure Latii* ou *jure societatis*, à la jouissance de certains droits civils déterminés sur le sol romain. En dehors de l'Italie au contraire, les provinces étaient administrées en territoires conquis, et, à de rares exceptions près, leurs habitants se trouvaient dans une situation juridique bien inférieure à celle des populations italiques.

Malgré ces inégalités, sur lesquelles nous allons revenir, les textes comprennent sous une dénomination unique, celle de *peregrini*,

toutes les personnes ne jouissant pas de l'intégrité du *jus civitatis*, c'est-à-dire aussi bien les Latins, les habitants des provinces conquises, les déditices, les déportés, que les étrangers dont la cité est entièrement indépendante de la puissance romaine.

Nous nous occuperons successivement de la condition du pérégrin ordinaire, qui forme le droit commun, de la situation privilégiée que la loi romaine fait aux divers pérégrins latins, enfin des barbares qui, affranchis de la domination de Rome, n'ont pas droit à la protection de ses lois.

a) *Condition du pérégrin ordinaire.*

Les pérégrins ordinaires, c'est-à-dire les habitants des provinces incorporées à l'Empire romain, qui n'ont pas reçu le bénéfice du *jus Latii*, sont entièrement exclus du *jus civile*, qui comprend tous les droits privés et politiques propres aux citoyens romains. Cependant la législation romaine leur reconnaît certaines facultés ayant leur base dans l'équité naturelle et jugées nécessaires à leur existence : l'ensemble de ces facultés constitue le *jus gentium*, le droit de l'étranger [1].

Pour préciser la différence qui sépare la condition du *civis romanus* de celle du pérégrin ordinaire, tout au moins de celui qui n'a pas de cité certaine et de législation nationale, il nous suffira de répondre à cette question :

Quels sont, d'une part, les droits compris dans le *jus civile*, de l'autre, ceux compris dans le *jus gentium ?*

Dans le *jus civile* rentrent d'abord les droits politiques : celui de prendre part aux élections (*jus suffragii*), et celui d'occuper une magistrature (*jus honorum*). Ces droits si importants ne peuvent appartenir qu'aux seuls citoyens romains. La prudence la plus élémentaire défendait de confier à des étrangers le gouvernement de la République.

A côté du *jus suffragii* et du *jus honorum*, le *jus civile* embrasse deux facultés d'ordre purement privé, auxquelles se ramènent tous les actes de la vie civile : le *jus connubii*, défini par Ulpien « uxoris *jure* ducendæ facultas » (*Reg.*, V, 3), et le *jus commercii*, que le même jurisconsulte définit ailleurs « emendi vendendique invicem

[1] L'antithèse entre le *jus civile* et le *jus gentium* est nettement accusée par la loi 17 *De poenis* au Dig. (XLVIII, 19).

jus » (*ibid.*, XIV, 5). La jouissance de ces droits est refusée aux pérégrins, et cette privation entraîne pour eux des conséquences nombreuses.

De ce que le pérégrin ordinaire est incapable de contracter des *justæ nuptiæ* sur le territoire romain, à moins d'une concession formelle, il résulte que l'union qu'il aura néanmoins formée ne produira pour lui aucun des effets juridiques du mariage du *jus civile*. La femme qu'il a ainsi associée à sa vie ne tombe pas sous la *manus*; les biens apportés par elle en mariage n'ont pas le caractère de biens dotaux et par suite échappent à l'inaliénabilité. Les enfants, s'il en naît, sont affranchis de la puissance paternelle organisée par la loi romaine. La parenté civile, l'*agnation*, n'est pas produite. L'étranger est donc incapable de recueillir ou de transmettre une succession *ab intestat*, puisque c'est la parenté civile qui est la base du régime successoral romain. D'autre part, le pérégrin ne peut exercer les fonctions de tuteur ou de curateur dans les conditions fixées par la loi romaine; il ne peut faire un acte d'adoption ou d'adrogation valable suivant le droit romain, car il arriverait ainsi, par des voies indirectes, à la puissance paternelle que le *jus civile* lui refuse.

De ce que le pérégrin ordinaire est exclu du *jus commercii*, il s'ensuit qu'il ne peut acquérir la propriété du droit civil, le *dominium ex jure Quiritium*; mais cette incapacité, remarquons-le en passant, n'a aucune importance relativement aux fonds provinciaux, qui ne peuvent faire l'objet d'un droit de propriété quiritaire, même au profit d'un citoyen romain. En effet, si le pérégrin est incapable d'acquérir sur le sol romain le *dominium ex jure Quiritium*, la terre provinciale est de son côté, s'il est permis de s'exprimer ainsi, incapable d'être possédée *ex jure Quiritium*, à moins d'avoir obtenu le bénéfice du *jus italicum* : le même vice de pérégrinité affecte les personnes et les terres dans les provinces dépendant de l'Empire.

Les modes d'acquisition de la propriété qui se rattachent au *jus civile* ne peuvent être invoqués par un pérégrin. La *mancipation* et la *cessio in jure* lui sont interdites. De même l'acquisition par *usucapion*, par *testament*, par *adjudication* dans l'une des actions *communi dividundo*, *familiæ erciscundæ* et *finium regundorum*, est réservée aux seuls citoyens romains.

Enfin il est certain que le pérégrin ne peut prendre un engagement *verbal* dans la forme *spondesne spondeo* (Gaius, III, 93-94), et il est

probable qu'il ne lui est pas permis d'intervenir dans certains contrats *litteris*.

Le *jus gentium* est, suivant la définition qu'en donnent les Institutes de Justinien (§ 1, *De jure naturali, gentium et civili*, I, 2), l'ensemble des règles que la raison naturelle a fait prévaloir dans toutes les législations; il comprend les droits qui dérivent de la nature humaine, et correspond ainsi dans une certaine mesure à ce que nous avons appelé au début de ce livre, les *droits naturels* de l'homme. Au point de vue exclusif de la législation romaine, le *jus gentium* est la partie de cette législation dont les pérégrins eux-mêmes peuvent réclamer le bénéfice.

Parmi les facultés accordées aux pérégrins par application du *jus gentium*, les unes touchent au droit de famille, les autres au patrimoine.

Le pérégrin peut contracter une union licite et régulière, soit avec une femme romaine, soit avec une pérégrine; c'est le *mariage du droit des gens*, qui, quoique inférieur aux *justæ nuptiæ*, leur emprunte quelques-uns de leurs caractères et de leurs effets. Il est très vraisemblable que, à part la nationalité qui restait différente, un semblable mariage établissait entre les époux une égalité parfaite de conditions. La femme doit être fidèle à son mari, et la loi 13, § 1, *Ad legem Juliam de adulteriis*, punit son adultère; c'est là une disposition qui suffit à distinguer le mariage du droit des gens du *concubinat*. De ce que ces deux institutions romaines ne doivent pas être confondues, il résulte encore que certains droits de famille naissent pour le pérégrin de son mariage. Ses enfants ne sont pas naturels; il peut exercer sur eux une autorité analogue à la puissance paternelle; il peut succéder ou transmettre sa succession *ab intestat;* il peut adopter; le tout, selon les prescriptions et dans les limites tracées par sa loi nationale (*lex peregrina*). Enfin il semble que l'on soumettait à une tutelle ou à une curatelle les pérégrins que leur âge ou leur sexe rendait incapables de se gouverner par eux-mêmes.

Si la propriété quiritaire n'est pas accessible aux pérégrins, il peut acquérir *jure gentium* un droit réel, inférieur il est vrai à la propriété véritable, mais présentant quelques-uns de ses avantages : c'est l'*in bonis*, que protège entre les mains du possesseur une action en revendication utile.

De même, le pérégrin peut être titulaire dans les provinces d'un

droit de servitude personnelle ou prédiale, d'un droit d'emphytéose ou de superficie, d'un droit d'hypothèque. Sans doute, pour arriver à la jouissance de ces droits, il ne peut recourir aux modes d'acquisition du *jus civile;* mais les modes d'acquisition du *jus gentium*, l'occupation, la tradition, auxquelles était venue se joindre la *præscriptio longi temporis*, lui sont ouverts.

Le pérégrin a donc un patrimoine; pourra-t-il en disposer par testament? L'affirmative paraît se dégager d'un fragment d'Ulpien (*Reg.*, XX, 14), dans lequel il est dit que le déditice ne peut tester à aucun titre, ni comme citoyen romain, puisqu'il ne l'est pas, ni comme étranger, puisqu'il n'appartient à aucune cité déterminée et n'a pas en conséquence de loi nationale. Il suit de là que, lorsque le pérégrin a une patrie connue et une législation nationale, il a le droit de tester en se conformant aux prescriptions de cette dernière.

Le pérégrin n'est pas admis à recueillir le bénéfice d'une institution ou d'un legs. Mais, dès les temps anciens, on lui avait permis de recevoir à titre de fidéicommis; il est vrai que cette faculté lui fut retirée à l'époque d'Hadrien, par un sénatus-consulte, aux termes duquel tous les fidéicommis laissés à des pérégrins devaient être revendiqués par le fisc; leur incapacité de recevoir à cause de mort devint ainsi absolue.

La plupart des contrats reconnus par la législation romaine appartiennent au *jus gentium*, et sont dès lors accessibles aux pérégrins. Ils peuvent obliger un débiteur et s'obliger eux-mêmes *consensu*, c'est-à-dire par un contrat de vente, de louage, de société ou de mandat; ils peuvent aussi figurer soit comme créanciers, soit comme débiteurs, dans un contrat formé *re*, c'est-à-dire dans un *mutuum*, dans un contrat de commodat, de dépôt ou de gage; et les différentes actions qu'engendrent tous ces contrats leur sont également ouvertes. De même, en principe, le pérégrin peut valablement contracter *verbis*, dans les formes de la stipulation, pourvu qu'il ne recoure pas à la formule *spondesne spondeo*, réservée aux citoyens romains; et, comme conséquence de cette faculté, il peut faire une *novation*, puisque la stipulation constitue le mode ordinaire qui sert à l'opérer, et éteindre par une *acceptilation* l'obligation verbale qui est née à son profit. Le contrat *litteris*, au moins en ce qui touche les *chirographa*, les *syngraphæ*, et, malgré quelques controverses, la *transcriptio a re in personam*, est aussi à la disposition des pérégrins. Ajoutons que les pactes et la plupart des quasi-contrats, ayant leur source dans le *jus gentium*,

donnent naissance à des obligations soit à leur profit, soit à leur charge. Enfin on en était venu à accorder aux pérégrins, par une fiction dont l'effet était de les faire considérer comme citoyens romains, le droit d'intenter les actions pénales organisées par le droit civil, l'action *furti*, l'action *injuriarum* et celle de la loi Aquilia; quant aux actions pénales prétoriennes, nul doute qu'ils n'en aient été investis en dehors de toute fiction.

Les modes d'extinction des obligations dépendent presque tous du *jus gentium*, comme les rapports juridiques eux-mêmes dont ils marquent la fin. Le pérégrin pourra donc recourir, en dehors de la novation et de l'acceptilation dont il vient d'être question, au paiement, au dissentiment mutuel, à la compensation, à la prescription, suivant les circonstances.

b) *Condition du pérégrin latin.*

Entre le pérégrin ordinaire et le citoyen romain se place une condition juridique intermédiaire, celle du *Latin*.

On distinguait, au point de vue de leur origine, trois classes de Latins : 1° les *Latini veteres;* 2° les *Latini coloniarii;* 3° les *Latini juniani.*

1° *Latini veteres.* — Les *Latini veteres* étaient les habitants du Latium, dans l'alliance desquels Rome était entrée après la bataille du lac Régille, et dont plus tard elle détruisit la confédération, à la suite de la guerre latine, en 416. Il y a donc deux phases dans leur histoire : la première est celle de leur alliance avec Rome sur un pied d'égalité; la seconde est celle de leur abaissement.

Au cours de la première période, les Latins jouissent dans leurs rapports avec le peuple romain de droits importants, dont le bénéfice leur est assuré par des traités. Au point de vue du droit public, si les *Latini veteres* sont incapables d'aspirer aux magistratures romaines, il paraît certain qu'ils avaient en principe le *jus suffragii*, et ceux qui étaient présents à Rome pouvaient voter dans une tribu désignée par le sort. Ils ont le *connubium*, et dès lors part aux relations de famille qui constituent l'agnation; enfin ils jouissent du *commercium*, c'est-à-dire de la faculté d'acquérir la propriété quiritaire, par les modes du *jus civile*.

Dans la seconde période, après la guerre latine, les anciens Latins

sont regardés, non plus comme des alliés, mais comme des vaincus. Pour eux il n'est plus question de droits politiques et de *connubium;* et peut-être même furent-ils à l'origine privés du *commercium*. Quoi qu'il en soit, ce dernier droit ne tarda pas à leur être rendu; et c'est même la jouissance du *commercium* qui caractérise le *jus Latii*, et qui sépare profondément la condition du Latin de celle du pérégrin ordinaire.

Il semble que, lorsque les lois *Julia* et *Plautia de civitate* eurent, au septième siècle de l'histoire romaine, accordé le droit de cité à tous les habitants du Latium, le *jus Latii* eût dû disparaître; il n'en a rien été cependant, parce qu'on en était venu à modeler sur la condition des *Latini veteres* un droit de latinité artificiel qui fut souvent encore, par la suite, octroyé à des villes et même à des pays tout entiers en dehors de l'Italie.

2° *Latini coloniarii.* — Les premières colonies latines remontent à l'alliance que les Romains avaient contractée avec les habitants du Latium. Ces colonies comprenaient trois catégories de personnes : 1° des émigrants volontaires qui renonçaient à la patrie romaine; 2° des individus condamnés à une amende qui, en s'expatriant, évitaient de l'acquitter; 3° des fils de famille désignés par leur père. Toutes ces personnes perdaient *ipso facto* le droit de cité romaine et acquéraient en échange le *jus Latinitatis* artificiel.

Quant à la condition des *Latini coloniarii*, elle est calquée sur celle des *Latini veteres*, dans la dernière phase de leur histoire, c'est-à-dire que, privés de tout droit politique, ils jouissent, dans l'ordre privé, du *commercium*, qui les élève au-dessus des pérégrins ordinaires.

3° *Latini juniani.* — Les *Latini juniani*, qui doivent leur nom d'une part à la loi *Junia Norbana* (671 ou 772 de Rome) qui a organisé leur condition, de l'autre à l'assimilation que l'on a voulu établir entre cette condition et celle des *Latini coloniarii*, sont des esclaves affranchis, sur lesquels leur maître n'avait pas la propriété quiritaire, ou bien auxquels il a donné la liberté en dehors des formes solennelles de la manumission ou des conditions imposées par la loi *Aelia Sentia* (757 de Rome). Ces affranchis sont dépourvus du *jus civitatis;* comme les *Latini coloniarii*, ils sont exclus du *jus suffragii* et du *jus connubii;* comme eux, ils jouissent du *jus commercii*. Il existe cependant à ce dernier point de vue une différence importante entre le *Latinus*

junianus et le *Latinus coloniarius*. Celui-ci trouve dans le *jus commercii* la faculté absolue de tester, de recueillir le bénéfice d'une institution héréditaire ou d'un legs, mais il n'en est pas tout à fait de même pour le Latin junien. La loi *Junia Norbana* lui reconnaît le droit d'être institué héritier ou appelé au bénéfice d'un legs, de jouer dans le testament d'autrui le rôle de *libripens*, de *familiæ emptor* ou de témoin; mais d'une part elle lui refuse le droit de tester, attribuant à son patron, *jure peculii*, les biens compris dans sa succession; de l'autre elle lui retire le *jus capiendi directo ex testamento :* ce qui revient à dire qu'à moins d'être devenu Romain du vivant du testateur ou dans les cent jours de son décès, il ne peut recueillir ni institution héréditaire ni legs; il est vrai que les fidéicommis, devenus obligatoires, lui fournissent un moyen facile d'éluder les rigueurs de la loi *Junia*.

c) *Condition du barbare.*

Le pérégrin ordinaire et le Latin, quoique ne jouissant pas du *jus civitatis* proprement dit, ne sont pas étrangers à l'Empire; aussi conçoit-on que des droits plus ou moins étendus leur aient été reconnus sur son territoire. Quant aux *barbares*, c'est-à-dire ceux qui vivent loin du monde romain et qui n'obéissent pas à ses lois, ils sont, en principe, dénués de tout droit, au regard de la législation romaine; ils ne jouissent même pas du bénéfice du *jus gentium*. Pour le peuple romain ils sont, suivant l'expression de M. Ortolan, « hors de la civilisation et de la géographie ». Et cette condition si précaire était souvent celle des peuples déditices, c'est-à-dire des vaincus qui, s'étant rendus à la discrétion de Rome, n'avaient d'autres droits que ceux qu'il plaisait au vainqueur de leur reconnaître[1].

TITRE III

Les barbares et la féodalité.

C'est dans la Germanie, d'où l'invasion des barbares est venue fondre sur l'Occident, qu'il faut chercher l'origine première des coutumes qu'ils ont apportées avec eux sur le sol gaulois, touchant la condition des étrangers.

[1] Gaius, I, 14.

Tous les hommes libres étaient répartis entre un certain nombre d'associations, où régnait la solidarité la plus étroite, et qui se groupaient autour des plus vaillants guerriers. Un membre de l'association avait-il commis un méfait et était-il incapable de fournir, par lui-même ou par ses proches, la réparation pécuniaire, le *wehrgeld* que les coutumes germaniques imposaient au coupable, l'association tout entière contribuait à son paiement. En sens inverse, un des associés venait-il à être lésé, tous les autres prenaient sa défense et demandaient de son chef une indemnité. De semblables associations présentaient une utilité inappréciable dans un pays où, tout gouvernement central et par conséquent toute protection officielle faisant défaut, il importait de faire respecter la vie et le patrimoine de chacun.

On comprenait sous le nom de *Warganei* tous les hommes libres qui ne faisaient partie d'aucune association. On est étranger par cela seul qu'après être sorti de l'enfance on ne s'est pas fait affilier à l'association du lieu qu'on habite. L'étranger n'a, en principe, droit à aucune protection ; il est hors la loi ; il ne peut porter les armes ; il n'a ni droits politiques, ni droits civils : à la moindre infraction il peut être mis à mort, et, même si sa conduite ne donne lieu à aucun reproche, il est exposé à subir les violences des membres de la tribu, tout au moins à être expulsé du bourg (*pagus*) où il a fixé sa résidence. Le *Warganeus* n'a qu'un moyen de se soustraire à une condition aussi précaire, c'est d'obtenir, à défaut d'une naturalisation, le patronage d'un homme libre, qui sera désormais responsable de ses délits et obligé comme tel à payer le *wehrgeld* qui pourra être dû de son chef. D'ailleurs les liens de patronage se contractent avec une facilité très grande. Il suffit qu'un *Warganeus* ait habité pendant trois nuits sous le toit d'un Germain, pour que celui-ci soit tenu de le prendre sous sa protection.

Suivons maintenant les conquérants barbares sur le sol gaulois : ils y apportent avec eux les idées et les mœurs de la Germanie.

Une de leurs tribus, celle des Franks, y acquiert la suprématie ; elle s'y établit d'une manière définitive et, en devenant propriétaire de la terre, elle en défend l'accès aux envahisseurs du dehors. A ce moment, les Franks changent le mode de leur existence ; de nomades qu'ils étaient, ils deviennent colonisateurs. Jusqu'à l'invasion, l'étranger était pour eux l'individu n'appartenant à aucune tribu ;

désormais le *Warganeus* sera toute personne née en dehors du territoire habité par la tribu. D'ailleurs sa condition demeure en Gaule, sous la domination des Franks, ce qu'elle était en Germanie; il est hors la loi comme par le passé. Le Frank seul a le droit de porter les armes, d'être témoin en justice (*cojurator*), de siéger dans les assemblées plénières de la nation, de posséder la terre salique. L'étranger n'a ni biens ni famille. Incapable d'épouser une femme franque et d'en avoir des enfants légitimes suivant la loi des Franks, il ne peut, et peut-être est-il permis de voir là l'une des origines du droit d'aubaine, transmettre ou recueillir une succession dans l'empire des Franks. Sa personne ne jouit d'aucune garantie, et le tarif du *wehrgeld* fixé par la loi salique varie suivant la nationalité de la victime.

L'étranger est donc à la merci de la force et de l'arbitraire, à moins qu'il ne se place sous le patronage d'un riche propriétaire ou d'un guerrier frank, et qu'il n'échange ainsi son indépendance contre une protection relative.

Telle était la situation de l'étranger au regard des Franks, et d'une manière générale, au regard des barbares établis sur le sol gaulois.

Mais, même parmi les personnes comprises dans leur empire et reconnaissant leur domination, apparaissent des différences de condition très sensibles : la plus importante se manifeste par le système des *lois personnelles*.

En arrivant sur le territoire de la Gaule, les chefs des tribus barbares n'avaient pas eu le temps de se faire législateurs, d'édicter des lois conformes au changement qui s'était produit dans leur vie nomade, et communes à tous les peuples désormais soumis à leur autorité; ils avaient bien assez à faire à maintenir l'ordre dans leurs bandes, et à assurer autour d'eux la tranquillité et l'obéissance. Ils trouvèrent donc plus simple de laisser à chacun sa législation propre : les Gallo-Romains qui habitaient le sol au jour de l'invasion, et les diverses races germaniques successivement vaincues par les Franks conservèrent, les uns le droit romain, les autres leurs lois barbares, par une concession du vainqueur qui naturalisa ainsi, en se les appropriant, des législations étrangères.

Chacun suivait donc, dans ce système, la loi propre à ceux de sa race; le Frank, la loi ripuaire ou la loi salique, le Burgunde, la loi burgunde, le Romain, la loi romaine, et c'est ainsi qu'il pouvait arriver, au témoignage d'Agobardus, évêque de Lyon au IXe siècle de

notre ère, que de cinq personnes conversant ensemble, il n'y en eût pas deux obéissant à une loi commune.

Cependant, à côté des lois personnelles, dont l'application n'était pas sans soulever quelques difficultés, on voit bientôt apparaître, comme un premier vestige du droit territorial, des textes législatifs ayant une portée générale, s'appliquant à tous ceux qui habitent dans les limites de la monarchie franque, quelle que soit leur origine.

A part ces exceptions, devenues de plus en plus nombreuses, le système de la personnalité des lois subsista dans ses traits généraux jusque vers la fin du xe siècle. A ce moment se produit dans la sphère du droit une révolution importante qui, coïncidant avec l'établissement du régime féodal, fait succéder à ce système la territorialité absolue des coutumes. Ce n'est plus l'origine qui détermine la loi applicable à la condition de chacun; mais toute loi s'impose à l'universalité de ceux qui habitent le territoire pour lequel elle a été faite.

Ce changement, qui bouleverse tout le système que l'invasion des barbares avait fait prévaloir, s'explique tout naturellement par le génie propre de la féodalité. La féodalité repose tout entière sur l'idée de la prédominance de la terre. « La terre, dit Michelet dans ses *Origines du droit français*, est tout dans ce système. L'homme y est attaché; il a pris naissance dans le rocher où s'élève sa tour. Nulle terre sans seigneur; nul seigneur sans terre. Il est classé, qualifié par sa terre; il en suit le rang, il en porte le nom. Il la possède, mais il en est possédé; les usages de la terre le dominent, ce fier baron. Le système féodal est comme la religion de la terre ».

Avec cette idée que la terre est tout sous le régime féodal, on se rend facilement compte de la modification qu'a subie le droit barbare. Par la force même des choses, les vieilles distinctions de races s'étaient atténuées; la fusion s'était faite dans les personnes et dans les mœurs. C'est alors que les seigneurs, transformant en fiefs héréditaires les domaines qu'ils avaient reçus à titre purement viager des rois franks, prétendirent exercer sur leurs terres une souveraineté exclusive; ce n'est plus assez pour eux d'être propriétaires du sol; ils veulent encore régner sur les hommes qui l'habitent; ils veulent être législateurs : « Quand les ducs et les comtes devinrent seigneurs propriétaires des duchés et des comtés, la personnalité des lois germaniques s'effaça par degrés devant l'établissement héréditaire d'un gouvernement local. Le Frank, le Wisigoth, le Bourguignon ne pouvait plus invoquer sa loi personnelle et nationale, car sa nationalité individuelle

cessa d'être distinguée dans le fief. Les individus bourguignons, wisigoths ou franks n'étaient plus que les habitants, les *hommes* de la terre qui appartenait au seigneur. C'est la loi de ce seigneur qui devenait la loi de ces hommes[1]. »

Chaque seigneur a donc une loi, une coutume qui régit tous les habitants de son domaine; et cette loi, quelle que soit la manière dont elle s'est formée, s'arrête aux limites de sa souveraineté. L'homme quitte-t-il le territoire auquel il est attaché par les liens de la hiérarchie féodale, il devient aussitôt étranger aux lois de ce territoire. Pénètre-t-il sur le domaine d'une autre seigneurie, il est immédiatement soumis aux lois qui le régissent : « Époque confuse, dit M. Ortolan, où la législation frappée de l'empreinte de la féodalité variait dans chaque partie d'un même royaume! époque où l'on n'avait qu'à traverser une rivière, qu'à franchir une chaîne de montagnes, pour se trouver régi par des lois différentes[2] » !

Que devenait, dans un semblable système, la condition de l'étranger?

L'étranger, désormais connu sous le nom d'*aubain*[3], est tout individu qui quitte la seigneurie où il est né, pour s'établir ailleurs. Arrivé sur le territoire de la chastellenie où il veut se fixer, il doit faire, dans le délai d'un an et un jour, *aveu* à celui qui tient la terre, c'est-à-dire le reconnaître pour son seigneur; faute de quoi le seigneur l'acquiert irrévocablement et de plein droit pour son *homme*, et de plus peut confisquer tout ou partie de ses biens. La condition de l'aubain, que le triomphe progressif du christianisme avait sensiblement améliorée, variait à l'infini, sous le régime féodal, avec les différentes coutumes et aussi avec le bon plaisir du seigneur. Certaines coutumes

[1] Laferrière, *Histoire du droit*, t. IV, p. 420.

[2] Ortolan, *Explic. hist. des Institutes*, t. I, p. 538.

[3] Les auteurs ne sont pas d'accord sur l'étymologie de ce mot. Les uns le font dériver de *alibi natus* (né autre part); Loysel, *Instit. cout.*, règle XLVIII; Ferrières, *Nouv. introd. à la practique*, t. I, v° *Aubain;* d'autres le rattachent à l'*album* sur lequel Charlemagne avait ordonné à ses *missi* d'immatriculer tous les étrangers présents sur le sol frank (3e capitulaire de 806); Sapey, *Les étrangers en France*, p. 52; d'autres enfin y voient la trace de l'usage où l'on était autrefois de désigner un ensemble de nations par le nom propre à l'une d'elles. Les Écossais (*Albani*) formant au moyen-âge, avec les Anglais, une grande partie de la population étrangère de la France, on aurait, par généralisation, étendu leur nom à tous les étrangers. C'est ainsi qu'aujourd'hui encore, dans l'empire ottoman, le mot *Frank* est synonyme d'infidèle. Demangeat, *Hist. de la cond. civ. des étrangers en France*, p. 66 et s. Cette dernière étymologie nous paraît la plus vraisemblable.

en faisaient un serf; d'autres se contentaient de le soumettre à des charges ou redevances.

En dehors de la prestation de droit commun dont il est grevé à raison de la tenure que le seigneur lui a concédée et que tout roturier, même né sur le territoire de la seigneurie, est obligé d'acquitter, l'aubain, chef de famille, est astreint à une capitation personnelle, à un *droit de cavage* ou *de chevage*, dont le taux, probablement arbitraire à l'origine, diffère avec les coutumes.

D'autre part, l'aubain qui épouse une personne d'une autre condition que la sienne, ou appartenant à une autre seigneurie que celle dont il relève lui-même, doit payer à son seigneur, alors même qu'il en aurait obtenu l'autorisation, un *droit de formariage*, dont le *quantum* est variable suivant les seigneuries.

Une incapacité très importante est celle qui frappe l'aubain au point de vue successoral, et que l'on désigne plus spécialement sous le nom de *droit d'aubaine*[1]. L'aubain ne peut transmettre une succession à l'époque féodale; et, d'un autre côté, il est incapable de tester. Le seigneur est en droit propriétaire de tout ce qu'il possède; à la mort de l'aubain, les biens qu'il a pu acquérir doivent donc retourner au seigneur qui ne doit pas souffrir de ses libéralités; il y a une certaine analogie, à ce point de vue, entre l'étranger et l'affranchi Latin junien. *Liber vivit; servus moritur*. L'incapacité de l'étranger, absolue à l'origine, reçut avec le temps quelques atténuations. On finit par admettre vers le XIIIe siècle que le droit successoral du seigneur ne saurait prévaloir contre celui des descendants de l'aubain « des hoirs légitimes procréés de son corps ». De même on en vint à permettre à l'aubain de disposer par testament jusqu'à concurrence de *cinq sols*, et cette libéralité modeste, dont l'Église devait profiter, était destinée à prévenir l'excommunication de l'aubain et à assurer son salut éternel.

TITRE IV

L'ancien droit monarchique français.

Les rois de France, jaloux de tout ce qui pouvait accroître la puissance et la fortune des seigneurs, ne voyaient pas sans déplaisir la

[1] Le *droit d'aubaine*, dans un sens plus étendu, comprend l'ensemble des dispositions qui gouvernent la condition de l'étranger. C'est le *droit de l'étranger* en général.

tutelle intéressée que ces derniers exerçaient sur les aubains présents dans leurs domaines, et les profits dont le droit d'aubaine était pour eux la source; aussi tous leurs efforts tendirent-ils à enlever aux seigneurs une clientèle aussi lucrative; c'est là une des phases, non la moins curieuse, de la lutte entreprise par la royauté contre les prétentions féodales.

Comment la couronne parvint-elle à réaliser ses desseins et à faire du droit d'aubaine, qui n'avait jamais cessé d'être un droit seigneurial, un droit régalien?

Tout d'abord elle commença par faire admettre, grâce aux arguties des légistes dévoués à sa cause, que l'*aubain* — et désormais l'on réserva ce nom aux seules personnes étrangères au royaume de France, — pouvait, sur le territoire féodal, revendiquer le roi pour son maître, lui *faire aveu*, et échapper ainsi à l'oppression du seigneur de la terre; puis bientôt elle voulut faire un nouveau pas en avant, en obligeant les seigneurs à reconnaître son droit exclusif au patronage des étrangers. Les usurpations de la royauté, combattues par Dumoulin, trouvèrent dans Bacquet un défenseur habile : « Au roy seul, dit-il, appartient le droict d'aubeine, comme estant un des fleurons de sa couronne, et que le roy s'est réservé ce droit comme souverain, régal et honorifique sur tous les pairs ducs, barons[1]. »

La principale raison invoquée par Bacquet à l'appui de sa thèse mérite d'être retenue. Les *lettres de naturalité*, fait-il observer, relèvent l'aubain de la plupart des déchéances que sa condition fait peser sur lui : or, personne ne conteste qu'au roi seul il appartient de les délivrer. Si le droit d'aubaine appartenait au seigneur, on ne concevrait pas qu'un simple acte de la volonté royale pût l'en dépouiller, tandis qu'il est naturel au contraire que le roi ait la faculté de renoncer, par des lettres de naturalité, à l'une des prérogatives de sa couronne.

Il est probable que cette révolution dans la manière de comprendre et d'appliquer le droit d'aubaine ne s'est pas opérée d'un seul coup. Dès le XIII[e] siècle, une charte de Louis VIII réclame pour la couronne le droit d'aubaine sur les terres de l'abbaye de Corbeil; et des lettres patentes de Charles VI, datées du 5 septembre 1386, affirment son droit à la succession des aubains décédés sur le territoire du comté de Champagne. Mais, longtemps encore après Louis VIII et Charles VI,

[1] Bacquet, *Droict d'aubeine*, I, ch. 4, n° 2.

le droit d'aubaine du seigneur se retrouve dans les coutumes d'Anjou et du Maine, rédigées au XVIe siècle.

Le triomphe définitif de la royauté a-t-il apporté quelque adoucissement à la condition des étrangers sur notre territoire?

Au point de vue de la jouissance des droits politiques, leur infériorité demeurait grande. Loysel nous dit, dans la règle LIV de ses *Institutes coutumières*, que « aubains ne peuvent tenir offices, n'y bénéfices, fermes du roy, n'y de l'Église ». Les fonctions judiciaires ou financières, les grades militaires leur sont refusés; l'accès des dignités ecclésiastiques leur est fermé (Ord. royale du 10 mars 1431); ils ne peuvent être admis au serment d'avocat, aux fonctions de principal ou de régent dans les Universités du royaume. Enfin, si rien ne les empêche de prendre leurs grades dans ces dernières, il leur est défendu d'en faire usage sur le sol français.

Au point de vue de la jouissance des droits privés, si l'on se place à la veille de la Révolution de 1789, la condition de l'aubain, telle que l'avait organisée par des réformes successives notre ancien droit monarchique, présente un singulier mélange de règles empruntées à la législation romaine et de règles coutumières d'origine germanique. A partir de Philippe le Bel, l'impulsion donnée à l'étude du droit romain par les légistes et par les commentateurs du Digeste avait fait ressusciter la distinction romaine des facultés du *droit des gens* et des facultés du *droit civil*, les unes reconnues même aux étrangers, les autres réservées aux seuls nationaux. Dès lors en France, comme autrefois à Rome, pour savoir si tel acte peut être valablement accompli par un étranger, il est nécessaire de rechercher s'il appartient au droit des gens ou s'il est du domaine du droit civil : « Les aubains sont presque considérés en France, comme les déportés ou condamnés à l'exil perpétuel chez les Romains : ils sont capables de tous actes, contrats ou conventions du droit des gens, mais incapables des effets civils[1]. »

L'aubain peut contracter en France un mariage valable; mais il ne peut épouser une femme française sans y avoir été autorisé par le roi. Faute de satisfaire à cette condition, il est tenu de payer au fisc une amende de soixante sols parisis; et, même l'autorisation accordée, il doit payer un *droit de formariage*, analogue à celui que le droit féodal attribuait au seigneur. D'ailleurs le droit de formariage n'est pas demeuré debout pendant toute la période monarchique. Les coutumes

[1] Ferrières, *Nouv. Inst. Cout.*, L. I, tit. II, art. 3.

de Metz, de Bar et de Châlons l'avaient aboli, et, dès le XVI[e] siècle, on n'en retrouve que de rares vestiges. Il est vrai que la royauté n'y avait jamais expressément renoncé, et, en 1697, on vit Louis XIV affirmer, pour donner une apparence de légalité aux taxes nouvelles levées sur les aubains, que le droit de formariage et celui de chevage n'avaient pas cessé d'être exigibles.

La puissance paternelle et ses différents attributs, le droit de *garde* notamment, étaient en général refusés par la jurisprudence à l'aubain sur les enfants nés de son mariage : et pour cela on s'appuyait sur ce que, chez les Romains, la *patria potestas* était une institution du *jus civile*. De même l'étranger ne pouvait ni adopter ni être adopté en France : il est vrai que cette prohibition n'avait pas grande portée, puisque de bonne heure l'adoption proprement dite avait cessé d'être usitée dans notre pays; et l'*affiliation* que nous trouvons dans quelques-unes de nos anciennes coutumes ne présente avec l'adoption romaine que peu d'analogie. Enfin, l'aubain ne pouvait être en France ni tuteur ni pupille. La tutelle, comme l'adoption, comme la puissance paternelle, était considérée comme appartenant au droit civil.

On reconnaissait aux aubains le droit de posséder des biens meubles et immeubles et d'accomplir tous les actes d'acquisition ou de disposition *entre-vifs*, généralement regardés comme une dépendance du droit des gens; notamment, le droit de recevoir et de transmettre par donation entre-vifs. Au contraire, tout acte d'acquisition ou de disposition *à cause de mort* leur était rigoureusement interdit. L'étranger ne peut, en principe, ni recueillir ni transmettre par testament ou par succession *ab intestat*. En cessant de profiter au seigneur féodal, le droit d'aubaine n'a pas cessé de le frapper. Si c'est au roi qu'il appartient d'en percevoir désormais les produits, le droit d'aubaine n'en demeure pas moins aussi absolu dans les premiers temps qu'il l'avait été à l'époque féodale. Sauf la faculté reconnue aux aubains de transmettre leurs biens à leurs enfants légitimes régnicoles et de disposer au profit de l'Église jusqu'à concurrence de cinq sols, tout étranger au royaume de France est donc d'une manière générale incapable de succéder et de transmettre *mortis causa*. Cependant peu à peu cette incapacité avait reçu des atténuations sensibles. Des raisons commerciales ou politiques avaient fait affranchir du droit d'aubaine, soit les étrangers résidant sur le territoire de certaines villes ou de certaines provinces, soit certains peuples étran-

gers tout entiers, soit enfin certaines catégories de personnes de nationalité étrangère.

1° Les provinces du Languedoc (Lettres patentes de mars 1483), de Guyenne, de Provence, de Dauphiné et d'Artois, les villes de Toulouse (1414), de Bordeaux (1474), de Calais (1567), de Marseille (1669), avaient été successivement exemptées du droit d'aubaine. L'étranger pouvait valablement y transmettre à cause de mort à ses héritiers étrangers.

2° D'autres exceptions très nombreuses avaient été accordées aux sujets de certaines Puissances avec lesquels la France entretenait des relations d'amitié ou de commerce, ou dont le territoire lui avait autrefois appartenu. Ces exceptions résultaient soit de traités internationaux, soit d'un acte du pouvoir royal.

Parmi les traités relatifs au droit d'aubaine, et en 1789 la France en avait conclu avec soixante-six États, les uns se bornaient à substituer au droit d'aubaine un *droit de détraction*, c'est-à-dire un impôt sur la valeur des successions laissées par un étranger, dont le taux variait d'un vingtième à un cinquième; d'autres subordonnaient l'abolition du droit d'aubaine à une condition de réciprocité, d'autres limitaient aux seuls biens mobiliers laissés par l'étranger son droit de transmission; d'autres enfin ne permettaient aux étrangers de transmettre une succession *ab intestat* qu'à des héritiers français.

Parfois la dispense du droit d'aubaine résultait d'une ordonnance royale. C'est ainsi que les lettres patentes du 18 janvier 1787 ont aboli en faveur des sujets anglais tout droit d'aubaine et de détraction, leur donnant capacité entière pour transmettre à cause de mort; et même, allant plus loin que les conventions antérieures, Louis XVI leur accorde par ces lettres le droit de succéder à des Français, sous la déduction d'un droit de 10 0/0.

3° Enfin, en dehors des étrangers qui ont obtenu des *lettres de naturalité*, certaines catégories d'aubains avaient été relevées de l'incapacité de transmettre leurs biens.

Dans l'intérêt du commerce, Charles V avait en 1364 renoncé à son droit d'aubaine en faveur des marchands venus de la Castille; Charles VII avait reconnu en 1443 le droit de tester aux étrangers qui viendraient aux grandes foires de Lyon; dispense du droit d'aubaine avait également été accordée par son successeur en 1461 aux marchands de Brabant, de la Flandre, de la Hollande et de la Zélande, en 1464 à ceux de la Hanse teutonique; en 1554, Henri II octroya le

même privilège aux marchands écossais, et une ordonnance de Henri III, datée du 15 juin 1579, en fit profiter tous les négociants étrangers. L'industrie et l'agriculture n'avaient pas été oubliées. Sans parler des *lettres de naturalité* collectives accordées aux ouvriers étrangers de certaines manufactures royales, des lettres patentes de 1552 et un édit de 1607 avaient affranchi du droit d'aubaine les étrangers travaillant au dessèchement des marais, aux défrichements des terres et aux mines; et le Code Henry avait accordé le même bénéfice aux ouvriers en soie.

Les soldats suisses et écossais au service du roi avaient obtenu, les uns en 1481, les autres en 1547, l'exemption du droit d'aubaine, mais la dispense de ces derniers n'allait pas jusqu'à leur permettre de transmettre leurs biens à d'autres qu'à des régnicoles.

TITRE V

Le droit intermédiaire.

L'Assemblée constituante, pénétrée des idées humanitaires que la philosophie du XVIIIe siècle avait mises à la mode, ne pouvait laisser subsister les déchéances et les incapacités dont l'ancien droit avait frappé les étrangers sur le territoire français; et ses sentiments semblaient d'accord avec l'intérêt de la nation elle-même. Aussi l'un de ses premiers actes fut-il d'abolir le droit d'aubaine et de rendre aux étrangers le droit de transmettre à cause de mort, dont ils avaient été si longtemps privés. Le décret du 6 août 1790, qui réalisa cette réforme importante, est ainsi conçu : « L'Assemblée nationale, considérant que le droit d'aubaine est contraire aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes, quels que soient leur pays et leur gouvernement; que ce droit établi dans les temps barbares doit être proscrit chez un peuple qui a fondé sa constitution sur les droits de l'homme et du citoyen; et que la France libre doit ouvrir son sein à tous les peuples de la terre, en les invitant à jouir, sous un gouvernement libre, des droits sacrés et inviolables de l'humanité, a décrété : *Le droit d'aubaine et celui de détraction sont abolis pour toujours* ».

Ce texte, suivant l'opinion générale, ne visait que l'incapacité de transmettre, et n'accordait pas aux étrangers le droit de recueillir une

succession ou un legs laissé par un Français; bientôt après, un décret nouveau, celui du 8 avril 1791, vint compléter son œuvre : « Les étrangers, dit-il dans son article 3, quoique établis hors du royaume, sont capables de recueillir en France les successions de leurs parents *même Français;* ils pourront de même recevoir et disposer par tous les moyens qui seront autorisés par la loi ».

Ainsi la double incapacité de transmettre et de recueillir à cause de mort qui, jusqu'en 1789, avait frappé l'aubain, à moins d'une dispense, se trouve effacée de la législation française, et pour en assurer la disparition définitive, l'Assemblée ne crut pouvoir mieux faire que de reproduire ses décrets dans la Constitution du 3 septembre 1791 qui, comme toute charte nouvelle, paraissait immortelle à ses auteurs.

L'abolition du droit d'aubaine, décrétée par l'Assemblée constituante, a été diversement appréciée. On lui a reproché d'avoir sacrifié les intérêts français à des considérations purement spéculatives. Pourquoi, dit-on, accorder aux étrangers sur le territoire français des droits que leurs gouvernements respectifs refusent à nos nationaux? C'est faire un marché de dupes. La réciprocité est la seule base possible pour l'admission des étrangers à la jouissance des droits privés. Mais on peut répondre que les décrets de la Constituante se justifiaient par les raisons les plus décisives; d'une part, en effet, il était permis d'espérer que les Puissances étrangères, gagnées par l'exemple que leur donnait la France, reconnaîtraient sa générosité en attribuant à ses sujets le droit de succéder et de transmettre; de l'autre est-ce faire un marché de dupes que d'ouvrir notre territoire au commerce et à l'industrie des autres peuples, qui apportent ainsi leur contingent à la richesse publique?

La réforme de la Constituante, renouvelée par la Constitution de l'an III, n'a cependant pas réalisé l'égalité complète du national et de l'étranger au point de vue de la condition civile; ce dernier n'en demeurait pas moins soumis à la caution *judicatum solvi,* à la contrainte par corps en matière civile, tout au moins depuis un décret du 4 floréal an VI, qui l'avait rétablie contre les étrangers; il ne participait pas au bénéfice de la cession des biens.

Enfin, malgré la faveur que les lois révolutionnaires avaient témoignée à l'étranger, soit en lui facilitant l'acquisition de la qualité de citoyen français, soit en lui accordant la jouissance de quelques droits privés, soit en l'admettant à l'exercice des droits de l'homme,

elles n'avaient pu songer à lui concéder la moindre parcelle des droits politiques reconnus aux Français : « La philanthropie en ce point devait céder à la raison et au désir inquiet que l'on avait de ne confier qu'à de bons citoyens une part quelconque de la puissance publique[1] ». Au contraire, on trouve dans tous les actes des Assemblées de la période intermédiaire une préoccupation constante d'écarter les étrangers non naturalisés des fonctions publiques, de les soumettre à l'observation des lois de police et de sûreté en vigueur sur le sol français. Refusaient-ils d'obéir, leur présence était-elle de nature à causer au Gouvernement français quelque embarras ou quelque danger, la loi du 28 vendémiaire an VI (art. 7) permettait de les expulser du territoire de la République par simple mesure administrative.

Nous arrivons ainsi à l'étude de la condition juridique de l'étranger dans le droit français actuel; les deux chapitres suivants seront consacrés, l'un aux personnes *physiques* étrangères, c'est-à-dire aux êtres humains, qui ont une existence réelle; l'autre aux personnes *morales*, c'est-à-dire aux êtres de raison, qui n'existent qu'en vertu d'une fiction de la loi.

[1] Demangeat, *Hist. de la cond. civ. des étrangers en France*, p. 246.

CHAPITRE II

DE LA CONDITION DE L'ÉTRANGER EN FRANCE AU POINT DE VUE DU DROIT PRIVÉ.

Sommaire.

TITRE I

Considérations générales.

Les *droits privés*, que l'on confond souvent avec les *droits civils*, sont tous les droits, soit de famille, soit patrimoniaux, que l'homme exerce dans ses relations avec ses semblables ; on les oppose aux *droits politiques*, qui impliquent une participation plus ou moins directe au gouvernement ou à l'administration du pays. Le Français jouit sur le territoire national de tous les droits privés reconnus ou organisés par la loi française. Mais un étranger, nécessairement exclu des droits politiques, pourra-t-il prétendre en France à des facultés égales? pourra-t-il s'y marier, y posséder, y invoquer tous les droits dont le mariage et la propriété sont la source?

Posée en ces termes par la plupart des auteurs, la question est trop large; et il importe d'en limiter les termes. Il n'appartient pas en effet à la loi française, à moins d'un intérêt d'*ordre public international* évident, ainsi que nous le verrons bientôt, d'attribuer à l'étranger des droits privés que sa législation personnelle lui refuse ou même qu'elle ignore. Tout ce qu'elle peut faire, c'est de ne mettre obstacle à l'application des lois étrangères que si les intérêts généraux du pays lui commandent de les repousser, ou de restreindre par une réglementation l'exercice des facultés qu'elles consacrent.

Nous avons donc à rechercher, non pas quels sont les droits privés dont la loi française investit l'étranger, mais dans quel cas, en supposant que cette loi et la législation nationale de l'étranger soient d'accord pour en admettre le principe, l'extranéité de ce dernier l'empêchera de s'en prévaloir en France.

Un seul texte général nous est fourni par le Code civil de 1804 : Article 11 : « L'étranger jouira en France des mêmes *droits civils* que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ».

Cette disposition, qui, combinée avec les articles 726 et 912 du Code civil, revient partiellement sur les concessions imprudemment généreuses faites aux étrangers par les assemblées de la période révolutionnaire, est due à une réaction facile à comprendre. Les nations étrangères en effet s'étaient bien gardées de suivre l'exemple que leur donnait la France, et, tandis que leurs sujets jouissaient sur notre territoire des droits les plus étendus, elles n'avaient pas cessé de soumettre au droit d'aubaine nos nationaux émigrés. Pour parer à cet état de choses, deux systèmes furent mis en présence, lors de la discussion du Code civil. On proposa de subordonner la capacité de l'étranger en France à l'existence de règles législatives donnant aux Français dans le pays auquel il appartient une capacité égale : c'est le système de la *réciprocité législative*[1]. Il échoua devant cette considération qu'il serait peu digne de la France de soumettre aux fluctuations des lois étrangères les prescriptions de ses Codes; et l'on préféra le système de la *réciprocité diplomatique*, qui accorde à l'étranger en France les droits civils reconnus aux Français par les traités con-

[1] Ce système est d'une manière générale suivi par les législations de l'Allemagne, de l'Autriche-Hongrie, de Monaco, de la Serbie, de la Suède-Norvège et de la Confédération suisse.

clus entre le Gouvernement français et le Gouvernement du pays auquel cet étranger se rattache[1].

L'article 11 du Code civil, dans lequel ce système est consacré, présente les plus grandes difficultés d'interprétation.

Il est permis de se demander, étant donné ses termes, si, en l'absence d'un traité, tous les droits privés généralement quelconques sont refusés aux sujets étrangers, ou bien, si, même à défaut de toute convention, ceux-ci sont admis en France à la jouissance des droits que la loi française ne leur a pas retirés.

Trois systèmes, s'autorisant tous trois d'illustres suffrages, se sont proposé de répondre à cette question.

Premier système. — L'exclusion de l'étranger des *droits privés* est la règle, sa capacité l'exception : en d'autres termes l'étranger ne peut faire valoir sur notre territoire d'autres droits privés que ceux qui lui ont été expressément concédés.

Ce système, enseigné par M. Demolombe[2], prétend trouver un argument en sa faveur dans l'antithèse qui existe entre l'article 8 et l'article 11 du Code civil. L'article 8 a posé en principe l'aptitude de tous les Français à la jouissance des droits privés ou civils; l'article 11 subordonne l'aptitude correspondante de l'étranger aux stipulations conformes d'un traité diplomatique. N'est-ce pas dire que, si cette dernière condition fait défaut, l'article 11 ne reçoit aucune application et qu'un seul texte demeure, l'article 8, qui, en appelant les *Francais* à la jouissance des droits civils, en exclut par *a contrario* tout sujet étranger? Est-ce là une rigueur exagérée? Peut-être, mais nul ne songera à s'en étonner, puisqu'elle est le résultat d'une réaction, et que, comme toutes les réactions, elle était exposée à dépasser son but.

D'ailleurs les droits qu'un étranger puise dans les traités conclus par la nation à laquelle il appartient, une loi française peut lui en conférer le bénéfice (arg. C. civ., art. 2123, *in fine*, et 2128); et en fait ces lois qui sont nombreuses, suffisent à sauver la législation française du reproche d'exclusivisme ou d'inhumanité.

Le décret du 16 janvier 1808 (art. 3) accorde aux étrangers le droit d'acquérir des actions de la Banque de France; la loi du 21 avril 1810 (art. 13) leur permet de devenir concessionnaires des mines; les décrets

[1] Les lois de la Belgique, de la Grèce et du Luxembourg sont également inspirées par le système de la réciprocité diplomatique.

[2] Demolombe, t. I, p. 367 et s.

du 5 février 1810 (art. 40) et du 28 mars 1852 leur reconnaissent un droit de *propriété* littéraire et artistique; les lois du 5 juillet 1844 (art. 27 à 29) et du 23 juin 1857 (art. 5) leur assurent la *propriété* de tous brevets d'invention en France et la protection de leurs marques de fabrique. De même la loi du 14 juillet 1819, en abrogeant les articles 726 et 912 du Code civil, a rendu à l'étranger la faculté de recueillir à titre gratuit; les lois du 28 mai 1853 et du 12 juin 1861 (art. 3) autorisent les étrangers à faire des versements à la Caisse des retraites pour la vieillesse, aux mêmes conditions que les nationaux. Enfin, sans sortir du Code civil, ne peut-on voir dans les articles 12 et 19 qui associent la femme étrangère et la femme française à la nationalité de ceux qu'elles épousent la reconnaissance implicite du droit de l'étranger à contracter mariage en France, dans l'article 3, § 2, l'affirmation de son aptitude au droit de propriété? Et les articles 14 et 15 du Code civil, en organisant contre l'étranger ou à son profit certaines règles particulières de compétence, ne lui ont-ils pas virtuellement reconnu la faculté d'être débiteur ou créancier?

Le système de M. Demolombe soulève les critiques les plus fondées.

Les tempéraments par lesquels il modère la stricte application de l'article 11 aboutissent à une véritable pétition de principe. Il serait au moins singulier que le législateur eût consacré, au profit de l'étranger, par une voie aussi détournée que celle des articles 3, 12, 14, 15 et 19 du Code civil, le droit de se marier, de posséder, de contracter, que les termes généraux de l'article 11 paraissent lui refuser en principe. La portée de ces articles est nécessairement subordonnée à l'interprétation que l'on donne à l'article 11 dont ils sont voisins; et l'on a le droit de dire que, lorsqu'ils nous présentent un étranger, marié, propriétaire, créancier ou débiteur en France, ils supposent remplie la condition de l'article 11, c'est-à-dire l'existence d'un traité. Le sous-entendu, par lequel les partisans du premier système essaient d'en atténuer la rigueur et de le rendre moins inadmissible, n'a donc aucune base et ne peut être accepté. Si ce système devait prévaloir, la législation française frapperait l'étranger de mort civile et, plus barbare que celle de l'ancien régime, le priverait des droits les plus essentiels à la vie.

Les travaux préparatoires du Code civil autorisent-ils une conclusion aussi affligeante? En aucune manière. Les *Exposés des motifs*

présentés par Portalis[1] et par Boulay, le rapport fait au Tribunal par Siméon[2] attestent de la manière la plus formelle que, pour ses rédacteurs, il existe, en dehors des facultés que la loi réserve aux seuls citoyens, certains droits que les étrangers peuvent invoquer, en l'absence de toute permission expresse ou tacite.

Deuxième système. — L'étranger jouit en France de tous les droits privés qui dérivent du *droit naturel;* il n'est admis à invoquer ceux qui procèdent du *droit civil* que sous les conditions exigées par les articles 11 et 13 du Code civil; et c'est aux tribunaux qu'il appartient d'appliquer cette distinction aux différentes hypothèses.

Ce système, qui est suivi par la jurisprudence et par la plupart des auteurs, s'inspire de la tradition romaine et de celle de l'ancien droit, qui opposaient les facultés du droit civil (*jus civile*), réservées aux nationaux, aux facultés du droit des gens (*jus gentium*), dont les étrangers eux-mêmes pouvaient réclamer la jouissance; les travaux préparatoires du Code civil lui paraissent favorables; mais le texte de l'article 11 ne résiste-t-il pas à cette interprétation? Il serait difficile de le soutenir. Cet article en effet ne parle pas des *droits privés* en général, dont l'étranger peut se prévaloir sur le sol français; il indique seulement à quelles conditions la jouissance des *droits civils* lui sera accordée. Or, n'est-il pas naturel d'interpréter ces mots conformément aux précédents, d'y voir une traduction du latin *jus civile* et par suite un synonyme de *droits organisés au profit des seuls nationaux*? L'article 11 s'explique dès lors à merveille. Les étrangers sont investis en France de tous les *droits naturels ;* c'est ainsi qu'il est incidemment question dans les articles 3, 12, 14, 15 et 19 de leur aptitude à se marier, à posséder, à contracter. Quant aux *droits civils,* ils ne peuvent y prétendre qu'en vertu d'une disposition permissive d'une loi ou d'un traité.

Ce système, quelque séduisant qu'il soit, n'échappe cependant pas à toute objection.

Si le Code civil de 1804 s'est proposé de revenir aux données de notre ancien droit, comment expliquer que l'article 912 ne permette de disposer au profit d'un étranger que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français? Les actes de disposition entre-vifs, et notamment la donation, étaient autrefois considérés comme des actes du droit des gens, accessibles comme tels aux au-

[1] Locré, *Législation civile*, t. I, p. 330.
[2] Locré, *op. cit.*, t. II, p. 246 et 247.

bains ; sur ce point donc le Code se serait écarté de la doctrine ancienne ; et il s'en serait encore écarté, en permettant implicitement aux étrangers de disposer par testament, c'est-à-dire par un acte de droit civil, au profit de Français.

On peut répondre que la première de ces dérogations apparentes se justifie par la préoccupation du législateur d'empêcher que les fortunes ne soient transmises par donation à des étrangers incapables de recevoir par succession, et que la loi qui les exclut ne soit ainsi éludée : c'est une extension de la notion primitive du *jus civile*. Quant à l'autorisation implicite de tester au profit d'un Français, qui résulte pour l'étranger de l'article 912, elle s'explique par ce motif qu'il n'existe aucun intérêt politique à empêcher la transmission, par acte de dernière volonté, de biens appartenant à un étranger, à des légataires français.

Plus grave est le reproche d'arbitraire que l'on ne ménage pas à ce système. Les juges chargés de l'appliquer seront, dit-on, souvent fort embarrassés pour assigner à tel ou à tel droit le caractère de droit naturel ou de droit civil ; ils auront à faire la loi. Telle institution, dont l'égoïsme des premiers âges faisait une institution purement civile, s'est peu à peu répandue et a revêtu cette universalité qui, pour les jurisconsultes romains, était caractéristique du *jus gentium*. Les étrangers pourront-ils en réclamer le bénéfice ? ou au contraire faudra-t-il s'en tenir, sans modification, à la distinction étroite et surannée du droit romain et de notre ancienne jurisprudence ? Aubry et Rau n'hésitent pas à reconnaître aux tribunaux le droit de l'élargir et de la modifier, au gré des nécessités de l'heure présente[1].

Mais cette élasticité même de la loi donne au juge un pouvoir immense dont l'abus est à craindre, et constitue pour les adversaires du système que nous exposons un argument très sérieux.

Troisième système[2]. — L'étranger jouit en France de tous les droits privés qui appartiennent aux Français. Cependant, par exception, certains droits civils sont propres à ces derniers et ne peuvent être attribués aux étrangers qu'en vertu d'un traité conclu par leur Gouvernement avec la France sur la base de la réciprocité.

Les partisans de ce système font remarquer ce qu'il y a d'inhumain dans la doctrine de ceux qui voient dans l'incapacité de l'étranger, la

[1] Aubry et Rau, t. I, 5e édit., p. 497 et s.

[2] Demangeat, *Hist. de la cond. des étrangers*, p. 251 et s. ; Valette, *Explic. somm.*, p. 408 à 416.

règle de sa condition juridique, et ce qu'il y a d'arbitraire dans la distinction des droits naturels et des droits civils, que d'autres professent. Il n'a pu, disent-ils, entrer dans l'esprit du législateur de refuser à l'étranger tous les droits privés qui ne lui ont pas été concédés, et d'autre part d'accorder au juge un pouvoir aussi exorbitant que celui de décider souverainement quels sont les droits de l'étranger. Les travaux préparatoires dénotent des vues plus généreuses. L'article 11, « écrit dans la loi avant qu'on sût bien précisément quelle en serait la portée, dans quelles limites on en restreindrait l'application[1] » doit être expliqué par les autres dispositions de notre droit, relatives à l'étranger. Les articles 14, 16, 726 et 912 du Code civil, 905 du Code de procédure civile établissent entre le Français et l'étranger certaines inégalités de conditions. L'article 11 indique le moyen de les faire disparaître ; il n'a pas d'autre but.

Ce système repose, dans la pensée de ceux qui le défendent, surtout sur des considérations philanthropiques, qui pourrait venir à l'appui d'une réforme législative, mais qui sont tout au moins étrangères au droit. D'une part, il semble faire abstraction des idées anciennes sur la distinction du droit civil et du droit des gens, dont la persistance s'affirme avec tant d'énergie dans les travaux préparatoires. De l'autre, si l'étranger est capable de tous les actes qui ne lui sont pas interdits, les lois nombreuses qui, depuis 1804, sont venues attribuer aux étrangers la jouissance de certains droits sont autant de dispositions superflues. Enfin, le troisième système aboutit en fait à l'assimilation presque absolue du national et de l'étranger, depuis la loi du 14 juillet 1819 qui a abrogé les articles 726 et 912 du Code civil, depuis la loi du 22 juillet 1867 qui, supprimant la contrainte par corps en matière civile et commerciale, a enlevé à l'article 905 du Code de procédure la plupart de ses applications. L'article 11 du Code civil aurait ainsi perdu presque toute sa raison d'être ; il serait virtuellement abrogé.

Il est possible, croyons-nous, de faire la part des critiques que soulève chacun des trois systèmes qui viennent d'être exposés et de proposer une théorie nouvelle, aussi respectueuse des précédents historiques et du texte de la loi que des droits de l'humanité.

Nous refusons d'admettre que le Code civil ait entendu dépouiller l'étranger de tous les droits privés qui ne lui ont pas été directement

[1] Demangeat, *op. cit.*, p. 251.

accordés, et, avec tous les adversaires du premier système, nous ne pouvons voir dans les concessions tacites que ses partisans prêtent trop libéralement au législateur, qu'un aveu de son excessive rigueur. Suivant nous, l'étranger a donc des droits à faire valoir sur notre territoire, même en dehors de toute autorisation législative ou diplomatique. Mais ces droits, comment les déterminerons-nous?

La réponse est facile; nous l'empruntons au troisième système. Tout étranger peut invoquer en France les droits privés qui ne lui ont pas été expressément retirés par la loi; quant aux droits qui, en vertu d'une disposition formelle, ont été réservés aux seuls Français, l'étranger sera admis à s'en prévaloir, s'il y est autorisé par un traité international, ou s'il a été admis à fixer son domicile en France.

Jusqu'ici nous ne nous séparons pas du système de MM. Demangeat et Valette; mais si notre conclusion est la même, les prémisses qui nous y conduisent sont très différentes : ce sont celles du deuxième système, professé par MM. Aubry et Rau. Avec eux, nous estimons qu'il est hors de doute que les rédacteurs du Code ont voulu reproduire dans ses traits généraux la doctrine du droit romain et de notre ancienne jurisprudence sur la distinction des facultés du *droit civil* et des facultés du *droit des gens :* mais ce n'est pas à dire pour cela qu'ils lui aient conservé ce caractère d'incertitude et d'arbitraire contre lequel ses adversaires se sont si justement élevés. Toute l'équivoque repose sur les mots *droits civils*, dont les articles 8, 11 et 13 de notre Code ont fait usage, et lorsque nous aurons précisé le sens que leur a attaché le législateur, nous l'aurons par cela même fait disparaître.

Qu'est-ce qu'un *droit civil*, dans l'acception romaine de ces mots, qui semble avoir été celle du législateur de 1804, si ce n'est une faculté reconnue aux seuls nationaux? Et si l'on réfléchit qu'aujourd'hui les jurisconsultes et les magistrats n'ont plus, comme dans l'ancienne Rome, le droit de faire la loi, il paraît évident que les *droits civils* sont tous ceux dont la *loi* n'a attribué la jouissance qu'aux nationaux, ou, en renversant la proposition, ceux qu'elle a refusés aux étrangers. Les autres sont, au regard de la loi, des *droits naturels*, des dépendances du *droit des gens*. Le texte de l'article 11 confirme notre manière de voir; il exige, pour que l'étranger soit relevé de son infériorité, une convention internationale, et il ne dit pas qu'une loi générale peut en tenir lieu en lui conférant la jouissance des *droits civils*. C'est qu'en effet le jour où une loi semblable interviendrait, le droit ou les droits qu'elle ouvrirait aux étrangers cesse-

raient d'être réservés aux nationaux, et ne seraient plus des *droits civils*. Au contraire, les stipulations d'un traité nécessairement limitées aux rapports de la France avec une Puissance déterminée laissent aux droits reconnus aux nationaux de cette dernière le caractère de *droits civils*, au regard des autres Puissances. Il en est de même de l'admission à domicile (C. civ., art. 13), dont les effets sont individuels à telle ou telle personne.

Notre doctrine se heurte à deux objections.

a) A quoi bon, pourrait-on nous dire, si la capacité de l'étranger est la règle, toutes les dispositions postérieures au Code qui, statuant sur des droits spéciaux, ont cru nécessaire de reconnaître aux étrangers la faculté d'en user? Nous répondrons que le législateur a craint que son silence à leur égard, en des matières nouvelles ayant souvent échappé jusque-là à toute réglementation, ne passât pour une exclusion tacite, et que c'est pour éviter toute difficulté qu'il a jugé utile de leur consacrer une disposition formelle. Toutes ces lois d'ailleurs, qui proclament à l'envi l'égalité du national et de l'étranger devant certains droits privés, ne font qu'appliquer notre théorie générale à des objets particuliers; ils en sont la meilleure confirmation.

b) On insiste. Si cette théorie devait être admise, l'article 11 du Code civil n'aurait plus qu'une portée illusoire; il serait virtuellement abrogé.

Il n'en est rien. Nous rencontrerons, chemin faisant, plusieurs droits qui n'appartiennent qu'aux Français et pour lesquels ce texte conserve toute son utilité. Et fussent-ils moins nombreux encore, nous ne pourrions qu'applaudir à leur diminution, comme au symptôme heureux de l'abandon des vieux préjugés et des vieilles défiances.

Ayant ainsi établi ce que nous croyons être le système général, adopté par le Code civil à l'égard des étrangers, il nous reste à en faire l'application aux divers droits privés qui sont reconnus et organisés par la loi française : ce sont d'une part les *droits de famille*, de l'autre les droits compris dans le patrimoine, ou *droits patrimoniaux*,

TITRE II

Droits de famille.

Presque tous les droits de famille ont leur point de départ dans le mariage; la création d'une famille est le but auquel tendent tous

les hommes, et toutes les législations l'encouragent et la facilitent. « La faculté de contracter mariage, disait Portalis dans son *Exposé des motifs,* n'est pas locale: elle ne saurait être circonscrite dans le territoire; elle est pour ainsi dire universelle, comme la nature qui n'est absente nulle part ». Aussi tout le monde est-il aujourd'hui d'accord pour reconnaître à l'étranger le droit de se marier sur le territoire français; mais les motifs sur lesquels les différents auteurs appuient cette décision varient avec les systèmes généraux qu'ils professent sur la condition civile des étrangers en France. Pour M. Demolombe, l'étranger est capable de contracter mariage, parce qu'il y est autorisé, sinon directement, tout au moins implicitement par les articles 12 et 19 du Code civil : pour MM. Aubry et Rau, cette faculté lui appartient, parce qu'elle dérive du droit des gens, parce qu'elle constitue un *droit naturel;* pour MM. Demangeat et Valette, enfin, l'étranger est libre de se marier en France, par cela seul que le Législateur ne le lui a pas expressément défendu; et, en combinant ces deux derniers motifs, ainsi que nous l'avons déjà fait ci-dessus, nous arrivons à la même conclusion.

De ce que le droit de contracter mariage ne peut, de l'aveu de tous, être refusé à l'étranger, il résulte naturellement que les conséquences de l'union qu'il a régulièrement formée, soit en France, soit à l'étranger, pourront être invoquées par lui ou contre lui, toujours à la condition que ces conséquences soient également reconnues par la loi nationale de l'étranger et par la loi française, car nous laissons pour l'instant de côté l'hypothèse où elles seraient en conflit. La femme devra obéissance à son mari et sera obligée d'habiter avec lui; le mari sera tenu de protéger sa femme; et les époux se devront mutuellement fidélité et assistance. La femme sera soumise à la puissance maritale; les enfants nés du mariage d'un étranger seront légitimes et seront placés sous l'autorité de leur père. Ce dernier aura droit à leur respect; il pourra exercer sur eux le droit de garde, corollaire du devoir d'éducation qui lui est imposé, et, dans notre opinion, tous les autres attributs de la puissance paternelle, droit de correction, droit de jouissance légale, droit de tutelle, puisque la loi ne les lui a pas retirés.

Ici cependant une dissidence apparaît entre les auteurs. Les partisans de la distinction arbitraire des droits naturels et des droits civils s'efforcent d'établir une classification entre les droits qui dérivent de la puissance paternelle.

Tandis que Demante refuse au père étranger le droit de correction sur la personne de ses enfants[1], MM. Aubry et Rau le lui accordent[2]; mais les savants auteurs se rencontrent avec lui lorsqu'il s'agit de dénier à l'étranger tout droit de jouissance légale sur les biens de ses enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés. « L'usufruit établi par l'article 384 du Code civil ne découle pas du droit naturel, disent-ils, car il n'est pas une conséquence nécessaire des devoirs que la nature impose à la paternité. Ce qui prouve que les rédacteurs de ce Code l'ont ainsi compris, c'est qu'ils n'ont formellement accordé cet usufruit qu'aux pères et mères légitimes, et qu'ils l'ont implicitement refusé aux pères et mères naturels. D'un autre côté, l'usufruit paternel n'est pas admis d'une manière tellement universelle, qu'il puisse être considéré comme une institution du droit des gens. On ne saurait donc y voir qu'une création du droit civil, dont les étrangers sont, par cela même, inadmissibles à réclamer le bénéfice[3].

Plusieurs objections peuvent être dirigées contre cette solution. L'article 384, disent les uns, est une disposition de *statut réel*, s'appliquant comme telle (C. civ., art. 3, § 2) à tous les immeubles situés en France; dès lors il suffit que le mineur possède des immeubles sur notre territoire, pour qu'ils soient grevés d'un droit d'usufruit au profit de son père étranger par application de la loi française. Cette objection, nous le verrons dans le livre suivant, repose sur une conception inexacte du statut réel et sur une fausse interprétation de l'article 3 du Code civil; d'ailleurs, elle confond deux questions très distinctes : celle de savoir si l'étranger peut être investi en France du droit de jouissance légale; et celle de savoir si, dans le cas où l'affirmative serait adoptée, c'est à la loi française ou à la loi étrangère qu'il appartient d'en réglementer les conditions et les effets. Laissons-la donc de côté, et arrivons à un argument plus sérieux. L'étranger doit être admis à exercer en France le droit de jouissance légale, parce qu'aucune loi française ne l'en exclut. Est-il possible, en effet, de voir une exclusion semblable dans l'article 383 qui, par *a contrario*, la prononce contre les père et mère de l'enfant naturel? On comprend que la loi ait marqué quelque défaveur à ces derniers, puisqu'elle voit de mauvais œil les unions irrégulières; mais si elle a cru devoir refuser l'usufruit légal aux parents naturels, il ne s'ensuit nullement

[1] Demante, t. I, p. 78, note 1.
[2] Aubry et Rau, t. I, 5e édit., p. 512, note 49.
[3] Aubry et Rau, t. I, 5e édit., p. 514, note 60.

que la même privation atteigne les parents légitimes étrangers, dont le législateur français reconnaît et protège le mariage. Il n'existe aucune analogie entre ces deux situations essentiellement différentes.

De même que le père étranger n'est pas privé du droit de jouissance légale sur les biens de son enfant, de même aussi il doit être admis, en cas de dissolution de son mariage, à gérer la tutelle des mineurs qui en sont issus. Le droit de tutelle, que la loi consacre au profit du père ou de la mère, est un attribut et une dépendance de la puissance paternelle qui se survit en quelque sorte à elle-même; comme la puissance paternelle, il peut être réclamé par le père étranger. Autrement à quelles conséquences n'aboutirait-on pas? Un Français, père d'un enfant mineur, obtient à l'étranger des lettres de naturalisation qui, suivant l'opinion commune, lui demeurent personnelles au regard de la loi française; il conserve, de l'aveu de tous, sur cet enfant, resté Français, l'exercice de la puissance paternelle, la garde de sa personne et l'administration légale de ses biens. Mais que le mariage du ci-devant Français vienne à se dissoudre, et par suite la tutelle de son enfant mineur à s'ouvrir, tout change, suivant ceux qui refusent à l'étranger le droit de tutelle. Alors disparaît la confiance dont la loi l'a honoré jusque-là. Tant que son mariage a duré, elle l'a réputé bon père et administrateur diligent. Désormais, elle le juge incapable d'exercer les pouvoirs beaucoup moins étendus que la tutelle confère. Il faudrait un texte législatif formel pour nous contraindre à accepter une semblable contradiction, et nous n'en trouvons aucun.

Est-ce à dire que tout étranger doit être admis à exercer en France les fonctions de tuteur? Nous ne le croyons pas. Nous estimons au contraire que le droit d'être tuteur, subrogé tuteur ou curateur, le droit de siéger dans un conseil de famille, doivent être refusés à l'étranger, *à moins qu'il ne soit parent de l'incapable.* Si pour le parent, la tutelle constitue un droit et un devoir de famille, accessible dès lors même à l'étranger, pour celui qui ne l'est pas, elle est une véritable fonction publique, un *munus publicum*, qui ne peut être exercé que par un citoyen français. Cette distinction, qui a prévalu dans la jurisprudence récente, s'appuie sur plusieurs textes qui semblent bien voir dans le droit de gérer une tutelle ou de faire partie d'un conseil de famille, un droit politique, lorsqu'il n'existe aucun lien de parenté entre l'incapable et la personne chargée de veiller à ses intérêts. S'il en était autrement en effet, pourquoi les femmes, *autres que la mère*

et les ascendantes, seraient-elles exclues de la tutelle (C. civ., art. 442)? Pourquoi la dégradation civique entraînerait-elle pour le condamné l'incapacité de siéger dans un conseil de famille, d'être tuteur, subrogé tuteur, etc., *si ce n'est de ses propres enfants* (C. pén., art. 34. V. aussi art. 42)? L'antithèse entre le droit politique, refusé à l'étranger, à la femme, à certains condamnés, et le droit de famille qu'ils peuvent invoquer, éclate à chaque pas. Et par elle on explique à merveille les articles 430 et 432 du Code civil qui, parlant des personnes dispensées de la tutelle à raison des fonctions publiques qu'elles exercent en France, ou appelées à la gérer en l'absence de parents ou d'alliés, leur appliquent la qualification de *citoyen*. D'une part en effet, nul ne peut exercer une fonction officielle en France s'il n'est citoyen; la dispense de l'article 430 ne s'applique donc en aucun cas qu'à des *citoyens;* de l'autre, toute personne *non parente ou alliée de l'incapable* devant, suivant nous, jouir du droit de cité pour être admise à la tutelle, l'article 432 ne contredit en rien notre thèse, lorsqu'il dit : « *Tout citoyen non parent ou allié* ne peut être forcé d'accepter la tutelle, que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle. »

Un étranger peut-il adopter en France ou y être adopté?

Il va sans dire que les auteurs qui refusent à l'étranger la jouissance des droits qui ne lui ont pas été formellement reconnus se prononcent pour la négative; mais, même parmi ceux qui font de la distinction des droits naturels et des droits civils la base de leur doctrine, on n'est pas d'accord sur la solution juridique que la question comporte.

A l'appui d'une *première opinion*, on fait valoir en faveur du droit de l'étranger une double considération. L'adoption n'est à vrai dire qu'une imitation du mariage et des rapports de famille qu'il engendre; comme le mariage, elle établit entre deux personnes d'âges différents la puissance paternelle; elle crée entre l'adoptant et l'adopté un lien de paternité et de filiation fictive. *Adoptio naturam imitatur.* Or, le mariage n'est pas interdit à l'étranger en France; la puissance paternelle véritable lui est accessible; pourquoi la fiction ne le serait-elle pas? D'autre part, aujourd'hui que l'adoption laisse subsister entre l'adopté et ses parents naturels la plupart des rapports et des droits qui dérivent de sa naissance, elle s'analyse, à peu de chose près, en un règlement de succession opéré par contrat. L'adopté acquiert sur les biens de l'adoptant tous les droits d'un enfant légitime

(C. civ., art.350) ; et, tout étranger étant, dans le droit actuel, capable de transmettre et de recueillir *directement* par succession ou par testament, il n'y a aucune raison pour l'empêcher d'arriver, par une voie détournée, au même résultat.

On répond, dans une *deuxième opinion*, consacrée par la jurisprudence, que le mariage et l'adoption n'ont qu'une similitude apparente. L'un est une des fonctions naturelles de la vie humaine; la loi lui doit ses encouragements et sa protection. L'autre, au contraire, est le plus souvent inutile et même dangereuse, parce qu'elle détourne du mariage : aussi les précautions dont la loi l'entoure attestent-elles sa défaveur. Le mariage établit dans la plupart des cas l'unité de nationalité entre les membres de la famille; l'adoption laisse à chacun sa patrie, et, si l'adoptant est Français, l'adopté étranger, ou inversement, il résultera de cette diversité des difficultés multiples qu'il est naturel d'éviter en refusant à l'étranger le droit d'adopter ou d'être adopté sur notre territoire. Dira-t-on que l'adoption est un véritable testament contractuel, et que, depuis la disparition des incapacités successorales de l'étranger en 1819, il n'y a plus de motif pour l'empêcher d'y recourir? Mais, c'est oublier que les effets de l'adoption ne se limitent pas aux biens de l'adoptant. Le droit de succession que l'article 350 du Code civil attribue à l'adopté n'est lui-même qu'une conséquence du rapport de filiation fictive qui naît de l'adoption, et dont l'influence se manifeste à plusieurs points de vue, notamment pour la transmission du nom (C. civ., art. 347), pour l'obligation alimentaire (C. civ., art. 349), pour les empêchements au mariage (C. civ., art. 348). L'adoption d'ailleurs ne présente pas ce caractère d'universalité qui est la marque du *droit naturel;* plusieurs législations étrangères ne la connaissent pas. On peut donc dire qu'elle est une institution *civile*, une création de notre droit national, et les formalités mêmes auxquelles la loi française a soumis l'adoption sont la meilleure preuve qu'elle n'a pas entendu l'ouvrir aux étrangers. En effet, si l'adoptant n'appartient pas à la nationalité française, quelle sera la valeur, quelle sera la portée de la double enquête que les articles 355 et 357 prescrivent au Tribunal civil et à la Cour d'appel, appelés à homologuer l'adoption? La moralité de l'adoptant ne peut être appréciée que dans le milieu où il a vécu, et s'il est étranger, les investigations de la justice française, s'exerçant en dehors de notre territoire, seront souvent infructueuses.

Nous n'avons pas à apprécier le mérite des arguments invoqués

de part et d'autre : notre but, en les reproduisant, est de montrer à quel degré d'incohérence et d'arbitraire arrivent les auteurs qui laissent au juge le soin de décider si tel droit est civil ou naturel et de faire la loi ; le critérium auquel ils s'attachent, manquant de certitude, autorise toutes les controverses. Quant à nous, sans rechercher si, en thèse purement législative, l'adoption est un contrat de droit naturel ou un contrat du droit civil, nous ne pouvons que lui appliquer la doctrine générale que nous avons admise sur la condition de l'étranger. L'étranger peut adopter et être adopté en France, par cela seul que le législateur, en ne réservant pas l'adoption aux Français, *y a vu* un contrat de droit naturel.

Et si l'étranger peut invoquer en France les droits dont sa filiation adoptive est la source, il doit en être ainsi à plus forte raison de ceux qu'il tient de sa naissance hors mariage. Les rapports de filiation et de puissance paternelle, le droit aux aliments existent pour l'enfant naturel étranger comme pour le Français : aucune loi ne l'en exclut.

Ainsi, pour résumer d'un mot les développements qui précèdent, la nationalité de l'étranger ne met pas obstacle à l'exercice sur notre territoire des droits de famille qu'il tient de son mariage, de sa filiation légitime, adoptive ou naturelle ; quant aux conditions suivant lesquelles ces divers droits seront exercés en France, nous les retrouverons au livre suivant.

TITRE III

Droits patrimoniaux.

Le patrimoine comprend l'universalité des droits privés, susceptibles d'évaluation pécuniaire, qui appartiennent à la personne, dans ses rapports avec les choses. Ces droits, envisagés en eux-mêmes, se présentent sous des aspects très différents.

Les uns, établissant une relation directe entre la personne, sujet actif du droit, et l'objet matériel (*res*) sur lequel il porte, n'exigent aucune intervention en dehors de celle du titulaire : ce sont les *jura in re* ou *droits réels*.

D'autres mettent en présence deux personnes, dont l'une s'oblige à fournir à l'autre un avantage quelconque, et laissent au second plan la *res*, objet du droit : ce sont les *jura ad rem* ou *droits personnels*, que l'on appelle aussi parfois *droits d'obligation*.

Enfin, à côté des droits réels et des droits personnels, auxquels se limitait la classification ancienne qui nous a été transmise par la législation romaine, une place à part doit être faite aux droits que l'homme peut exercer sur les créations de son intelligence et de son industrie; les caractères particuliers qu'ils revêtent ne nous permettent pas de les comprendre dans les deux catégories qui viennent d'être indiquées: ce sont les *droits intellectuels ou d'invention.*

Tous ces droits peuvent-ils être réclamés par l'étranger sur notre territoire? C'est ce que nous allons maintenant examiner pour chacun d'eux.

SECTION I. — *Droits patrimoniaux réels.*

Les droits patrimoniaux réels textuellement reconnus par la loi française sont :

a) le droit de propriété;

b) les servitudes réelles ou prédiales;

c) les servitudes personnelles;

d) l'hypothèque, et, d'une manière générale, les sûretés réelles;

e) l'emphytéose.

S'il est un droit naturel, après le droit de fonder une famille, c'est celui d'être propriétaire. La propriété est en quelque sorte le développement matériel de la personnalité humaine; c'est par elle que se manifeste sa puissance sur les objets du monde extérieur. Le droit de propriété est un encouragement au travail, dont il est la récompense; sans lui le commerce et l'épargne deviennent impossibles; il doit donc être accessible à tous les hommes.

Nous avons déjà vu cependant que l'aptitude de l'étranger à être propriétaire est loin d'avoir été admise d'une manière absolue par les législations anciennes, et, même de nos jours, des restrictions nombreuses sont apportées à son droit de propriété en certains pays. Il n'en est pas ainsi en France. Le Code civil ne contient aucune prohibition; son article 3, § 2, suppose au contraire que l'étranger peut être propriétaire du sol; et, partant de ce texte, personne, même parmi les auteurs qui lui refusent les droits privés qui n'ont pas fait l'objet d'une concession particulière, ne va jusqu'à lui dénier l'exercice du droit de propriété. Immeubles et meubles peuvent donc lui appartenir sur le territoire français, et si une loi spéciale a cru devoir attribuer expressément à l'étranger le droit d'acquérir des concessions

minières (L. du 21 avril 1810, art. 13), c'est uniquement dans la crainte qu'on ne vît dans ce droit moins une dépendance de la propriété véritable qu'une faveur de la loi positive, établie par elle au profit des seuls nationaux.

Mais ce qui est vrai de la propriété tout entière l'est-il aussi de l'un quelconque de ses démembrements, c'est-à-dire d'une servitude réelle, d'un droit d'usage ou d'usufruit, d'un droit d'hypothèque ou d'emphytéose?

La question paraît, au premier abord, quelque peu naïve. Si l'étranger est capable d'acquérir le droit de propriété, c'est-à-dire l'ensemble de tous les droits réels qui peuvent exister sur une chose, pourquoi sa capacité serait-elle moins étendue pour l'un quelconque de ces droits pris isolément? Qui peut le plus ne peut-il pas le moins?

Tel est le raisonnement que l'on fait, et, en ce qui concerne les *servitudes réelles*, c'est-à-dire les droits dont un immeuble est grevé au profit d'un immeuble voisin, il ne soulève aucune contradiction. La servitude, en effet, est un accessoire, une qualité du *fonds dominant*, en même temps qu'un vice du *fonds servant*. Elle constitue un rapport juridique entre deux immeubles, dont l'un joue le rôle de créancier, l'autre le rôle de débiteur, quelle que soit la nationalité de leurs propriétaires respectifs.

S'agit-il d'une *servitude personnelle*, c'est-à-dire d'un droit détaché de la propriété, non pour l'avantage d'un fonds, mais au profit d'une personne déterminée, comme un droit d'usage ou d'usufruit, il faut encore admettre que l'étranger peut en recueillir le bénéfice, puisqu'aucun texte ne le lui refuse. Les idées romaines qui rattachaient l'usage et l'usufruit au *jus civile* n'ont que faire en cette matière.

Enfin, l'étranger pourra-t-il invoquer en France une sûreté réelle, plus spécialement un droit d'*hypothèque?* L'affirmative n'est pas douteuse dans notre opinion. D'une part, en effet, l'étranger est capable d'être propriétaire; de l'autre, nous allons le voir, il est capable d'être créancier; il serait illogique de lui refuser un droit moins complet, et partant moins dangereux pour la France, que la pleine propriété, et de priver sa créance des garanties sans lesquelles elle sera souvent un titre illusoire. Cependant, si le droit de stipuler un droit d'hypothèque conventionnelle (C. civ., art. 2124 et 2128) ou d'invoquer l'effet hypothécaire des jugements (C. civ., art. 2123), dans les limites et sous les conditions fixées par la loi, n'a jamais été sérieu-

sement contesté à l'étranger, il n'en est pas de même de l'*hypothèque légale*, que le Code civil attribue aux femmes mariées sur les biens de leur mari, aux mineurs et aux interdits sur les biens de leur tuteur (C. civ., art. 2121). Les auteurs ne sont point d'accord sur le point de savoir si l'hypothèque légale constitue un *droit civil*, dont l'étranger est privé à moins d'une concession formelle, ou un *droit naturel*, ouvert à tous.

En faveur de ce dernier système, on fait observer que, si l'on reconnaît à l'étranger la faculté d'acquérir sur le sol français une hypothèque conventionnelle, il y a quelque bizarrerie à lui refuser le bénéfice de l'hypothèque légale qui, résultant du mariage, n'est autre chose que le fruit d'une convention tacite. D'autre part, ajoute-t-on, l'hypothèque légale appartient, par son caractère immobilier, au *statut réel;* l'article 3, § 2 du Code civil lui est applicable, et la règle qui s'y trouve posée a pour effet de grever au profit de la femme étrangère ou de l'incapable étranger tous les immeubles que son mari ou tuteur possède sur le territoire français.

MM. Aubry et Rau[1] répondent qu'il n'y a aucune assimilation à établir, au point de vue du droit de l'étranger, entre l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque légale. Le droit de stipuler une hypothèque conventionnelle est pour l'étranger une conséquence nécessaire du droit qui lui appartient d'être propriétaire ou créancier en France ; comme ce droit lui-même, il est de *droit naturel*. Mais l'hypothèque légale repose sur la faveur très grande que la loi témoigne à la femme mariée, au mineur, à l'interdit, et sur la protection qu'elle croit devoir leur assurer contre la prodigalité et l'incapacité de ceux qui administrent leurs biens. Cette faveur et cette protection, accordées à certaines personnes, sont assez exorbitantes du droit commun pour qu'il soit permis de croire que le législateur a entendu les réserver aux Français. L'hypothèque légale de la femme et de l'incapable cause un grand préjudice aux autres créanciers du mari ou du tuteur, qui seront le plus souvent Français; l'attribuer à des étrangers, ce serait donc les protéger aux dépens de nos nationaux. Peut-on dire, d'ailleurs, que cette hypothèque est de droit naturel, lorsqu'on considère qu'elle n'existe ni en Angleterre, ni en Autriche, ni en Russie, ni dans plusieurs autres législations ?

Enfin, l'article 3, § 2, du Code civil, ne peut être invoqué en faveur de

[1] *Op. cit.*, 5e éd., p. 516.

la femme étrangère ou de l'incapable étranger. La nature du statut de l'hypothèque légale est très controversée, et de toute manière il est difficile de soutenir sérieusement que l'organisation de la propriété foncière, et par suite l'*ordre public international*, soient mis en péril, parce qu'un mari ou un tuteur aura conservé la plénitude de son droit de propriété sur ses biens situés en France.

Pour la plupart des auteurs et pour la jurisprudence, ces raisons paraissent absolument décisives, et l'opinion générale refuse à la femme et à l'incapable étrangers le droit d'hypothèque légale.

Le système que nous avons adopté sur la condition des étrangers nous conduit à une conclusion diamétralement opposée; en l'absence de toute disposition prohibitive, nous devons croire que la loi n'a pas vu dans l'hypothèque légale un *droit civil*, propre aux seuls nationaux français, et en attribuer le bénéfice à la femme mariée, au mineur et à l'interdit étrangers sur notre territoire.

SECTION II. — *Droits patrimoniaux personnels.*

De même que l'étranger peut être propriétaire ou titulaire d'un droit réel quelconque sur le sol français, de même aussi rien ne l'empêche d'y être créancier ou débiteur. Alors bien que cette solution ne serait pas commandée par les principes généraux qui ont été développés ci-dessus, elle est amplement justifiée par les articles 14 et 15 du Code civil, dont l'un établit au profit du Français, créancier d'un étranger, certaines règles de compétence particulière, dont l'autre permet à l'étranger d'assigner son débiteur français devant les juridictions françaises.

Il suit de là que l'étranger peut acquérir des intérêts ou des actions dans une société commerciale établie en France, puisque ces intérêts et ces actions constituent de véritables créances au profit des associés. Le décret du 16 janvier 1808 le reconnaît formellement, lorsqu'il dispose que les étrangers peuvent être actionnaires de la Banque de France.

L'étranger sera donc admis à se prévaloir en France de toute créance, régulièrement née à son profit, quelle qu'en soit la cause[1],

[1] Spécialement, la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail permet à l'ouvrier étranger, victime d'un accident dans le travail auquel il est employé, d'invoquer le droit à indemnité qu'elle consacre. Mais — et à ce point de vue, la condition de l'étranger est moins favorable que celle du Français — la rente à laquelle il

et réciproquement il sera fondé à invoquer tous les moyens de libération que met à sa disposition la loi sous l'empire de laquelle l'obligation a été contractée.

SECTION III. — *Droits patrimoniaux intellectuels.*

Le droit que les législations modernes attribuent au littérateur, à l'artiste ou à l'inventeur, sur les produits de son intelligence, n'est ni un droit personnel ni un droit réel.

Ce n'est pas un *droit personnel*, car il n'établit aucune relation directe entre deux personnes, en vue d'un avantage déterminé que l'une sera tenue de fournir à l'autre.

Mais ce n'est pas non plus, et quoi qu'on en ait dit, un *droit réel*, une propriété. Ici une courte démonstration est nécessaire.

Nous laissons de côté le droit incontestable de propriété qui appartient au créateur sur l'objet matériel de son œuvre, sur le manuscrit qu'il vient de rédiger, sur le tableau, sur la statue qu'il vient de finir, sur le modèle industriel dans lequel il a formulé son invention : cet objet n'est pas l'œuvre elle-même, et en le gardant entre ses mains, l'auteur ou l'inventeur ne conserve pas par cela même la propriété du produit immatériel de son talent ou de ses veilles. Mais que ce livre, que cette œuvre artistique, que cette invention industrielle ait vu le jour, qu'elle ait été rendue publique, est-il possible d'affirmer, avec de nombreux écrivains et de nombreux congrès internationaux, que le droit exclusif de reproduction qui appartient à son auteur constitue une propriété véritable? Nous ne le pensons pas.

De sa nature, le droit de propriété est *exclusif*, il est *absolu*, il est *perpétuel*. Il est exclusif, en ce qu'il met obstacle à l'exercice de tout droit rival et parallèle sur son objet; il est absolu en ce que le propriétaire est maître de sa chose, au point d'avoir la faculté de la détruire; enfin il est perpétuel, c'est-à-dire qu'il s'exerce et se transmet à l'infini, sans limitation de durée. Or ces caractères essentiels du droit de propriété ne se retrouvent pas dans ce qu'on est convenu d'appeler la propriété intellectuelle.

peut prétendre n'est pas due ou n'est plus due, dans le cas où il ne résiderait pas en France lors de l'accident ou cesserait d'y résider par la suite : en pareil cas, il lui est alloué, pour toute indemnité, un capital égal à trois fois la rente qui lui aurait ou qui lui avait été attribuée. D'un autre côté, les représentants de l'ouvrier étranger (conjoint, enfants, ascendants), n'ont aucun droit à indemnité, si, au moment de l'accident, ils ne résidaient pas eux-mêmes en France.

Cette prétendue propriété n'est pas exclusive. Il est faux de dire en effet qu'appliqué aux œuvres de l'esprit, le droit de propriété se confond avec le droit de reproduction. La propriété est le faisceau de tous les droits dont une chose est susceptible ; et du moment que chacun est libre de se rendre acquéreur pour une somme modique d'un exemplaire du livre nouveau ou d'un *fac-simile* du tableau exposé, ou encore d'exécuter chez soi la partition qui vient d'être composée, le droit de son auteur n'est pas exclusif. Il n'est pas davantage absolu ; car une législation bien faite ne peut admettre que l'auteur et ses ayants-cause aient la faculté de détruire ou de dénaturer une œuvre destinée à enrichir le patrimoine commun de l'humanité : « Le philosophe, le poëte, le savant, l'artiste ne sont pas plus, au point de vue juridique, propriétaires de leurs conceptions qu'ils ne le sont de leurs personnes [1] ». Enfin le droit de l'auteur et de l'inventeur n'est pas perpétuel ; car il ne saurait lui être indéfiniment réservé, sans compromettre l'avenir de la science et les droits de la postérité.

Mais si les droits intellectuels ne doivent pas être confondus avec la propriété véritable, dont ils diffèrent par leur nature et leur objet, ils n'en constituent pas moins une fraction souvent notable du patrimoine. Les étrangers seront-ils admis à les réclamer en France, à moins d'une concession particulière ? Le progrès des relations internationales, en mettant à la portée de tous les peuples les conquêtes réalisées sur quelque territoire que ce soit, dans le domaine des lettres, des sciences, des arts, de l'industrie, donne à cette question une importance tous les jours plus grande.

§ 1. — DROITS LITTÉRAIRES OU ARTISTIQUES.

« La plus sacrée, la plus inattaquable et la plus personnelle des propriétés, disait en 1791 le rapporteur de la loi sur les droits d'auteur, est l'ouvrage, fruit de la pensée humaine ». Et en effet, si l'origine première de la richesse est le travail, aucune prérogative ne peut se réclamer avec plus de fierté du droit naturel que celles que le littérateur et l'artiste exercent sur les conceptions de leur intelligence et de leur art. L'étranger peut donc y prétendre en principe, et son droit est formellement reconnu par plusieurs textes de notre lé-

[1] Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, p. 242.

gislation, par plusieurs conventions internationales, qui s'occupent d'en réglementer l'exercice.

Droit commun. — Remarquons tout d'abord que le décret des 19-24 juillet 1793, relatif au droit de propriété des auteurs d'écrits en tous genres, des compositeurs de musique, des peintres et dessinateurs[1] », ne parle pas de la nationalité de l'auteur, non plus que du lieu où son œuvre a été publiée pour la première fois; il ne résout donc pas expressément la question de savoir si d'une part l'étranger qui édite son œuvre en France jouit de la protection de nos lois, de l'autre si l'œuvre publiée en pays étranger est garantie par elles.

Sur le premier point, tous les doutes avaient disparu, en présence de l'article 40 du décret du 5 février 1810, *contenant règlement sur l'imprimerie et la librairie :* « Les auteurs soit nationaux, *soit étrangers,* de tout ouvrage imprimé ou gravé, dit ce texte, peuvent céder leur droit à un imprimeur ou libraire ou à toute autre personne qui est alors *substituée en leurs lieu et place* pour eux et leurs ayants-cause ». Or un droit ne peut être cédé qu'à la condition de se trouver dans le patrimoine du cédant. Dira-t-on que, dans la pensée du législateur de 1810, le droit de l'auteur n'est destiné à devenir utile qu'autant qu'il a été acquis par un cessionnaire français? Mais le texte ne fait aucune allusion à la nationalité du cessionnaire; et, d'ailleurs, si ce dernier pouvait seul exercer utilement le droit né en la personne du cédant étranger, il aurait en réalité des droits plus étendus que lui; conséquence inadmissible, puisque le décret de 1810 dit en toutes lettres que le cessionnaire est *substitué aux lieu et place* de son cédant étranger.

La jurisprudence avait donc admis qu'en dehors de toute convention internationale, l'auteur étranger est investi des mêmes droits que l'auteur français.

Mais à quelles œuvres ces droits étaient-ils applicables? Pendant longtemps les tribunaux et la majorité des auteurs s'étaient accordés à limiter aux œuvres dont la première publication avait été faite en France la protection de la loi; et à l'appui de cette solution, on invoquait l'article 426 du Code pénal qui réprime « l'introduction sur le territoire français d'ouvrages qui, *après avoir été imprimés en*

[1] Le bénéfice de cette loi a été étendu par la loi du 11 mars 1902 aux architectes, aux sculpteurs et dessinateurs, quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre.

France, ont été contrefaits chez l'étranger ». Bien que, suivant l'opinion commune, cette restriction concernât aussi bien les œuvres publiées hors de France par des sujets français que celles des auteurs étrangers et respectât ainsi en apparence l'égalité de leurs conditions, elle n'en rendait pas moins le droit de l'étranger à peu près illusoire, en l'obligeant à faire choix d'un éditeur sur le territoire français, et elle ouvrait ainsi la porte à la piraterie littéraire.

L'audace sans cesse croissante de la contrefaçon, « ce droit d'aubaine appliqué aux vivants », qui, tolérée sur le sol français au détriment des auteurs étrangers, autorisait par cela même à nos dépens les représailles étrangères, appelait des mesures énergiques. Le Gouvernement français s'honora par la promulgation du décret des 28-31 mars 1852[1], qui vint heureusement compléter la législation antérieure, en étendant le droit des auteurs et des artistes français ou étrangers aux œuvres publiées pour la première fois hors de France.

Ce décret est ainsi conçu :

Article premier. — La contrefaçon, sur le territoire français, d'ouvrages publiés à l'étranger et mentionnés en l'article 425 du Code pénal, constitue un délit.

Art. 2. — Il en est de même du débit, de l'exportation et de l'expédition des ouvrages contrefaits. L'exportation et l'expédition de ces ouvrages sont un délit de même espèce que l'introduction sur le territoire français d'ouvrages qui, après avoir été imprimés en France, ont été contrefaits à l'étranger.

Art. 3. — Les délits prévus par les articles précédents seront réprimés conformément aux articles 427 et 429 du Code pénal. L'article 463 du même Code pourra être appliqué.

Art. 4. — Néanmoins la poursuite ne sera admise que sous l'accomplissement des conditions exigées relativement aux ouvrages publiés en France, notamment par l'article 6 de la loi du 19 juillet 1793.

Bien que le décret, rappelant les termes de celui de 1793, ne s'occupe que du lieu où l'ouvrage a été publié, et ne mentionne pas la nationalité de son auteur, il ressort clairement de l'*Exposé des motifs* qui le précède, que son objet principal a été de rétablir en fait l'égalité entre le national et l'étranger, au point de vue de la protection de leurs droits littéraires ou artistiques : « L'étranger, dit dans ce

[1] Le décret du 28 mars 1852 a été étendu aux colonies françaises par un autre décret du 9 décembre 1857; mais en fait, il n'a pas été promulgué dans toutes, en Cochinchine notamment.

document le garde des Sceaux d'alors, M. Abbatucci, qui peut acquérir et possède sous la protection de nos lois des meubles et des immeubles, ne peut empêcher l'exploitation de ses œuvres, au moyen de la contrefaçon, sur le sol d'ailleurs si hospitalier de la France. C'est là un état de choses auquel on peut reprocher non seulement de n'être pas en harmonie avec les règles que notre droit positif tend sans cesse à généraliser, mais même d'être contraire à la justice universelle ».

Des difficultés assez graves surgissent, lorsqu'il s'agit d'appliquer la législation nouvelle aux différentes productions littéraires ou artistiques.

L'article 425 du Code pénal, auquel renvoie le décret de 1852, répute délictueuse « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production imprimée ou gravée en tout ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs »; mais il ne dit rien des œuvres de sculpture et d'architecture, des représentations dramatiques et musicales, des traductions. Faut-il appliquer à toutes ces manifestations de l'intelligence ou de l'art les dispositions du décret de 1852?

a) En ce qui concerne les œuvres de sculpture et d'architecture, on a toujours considéré avec raison que leur contrefaçon tombe sous le coup du décret. L'énumération de l'article 425 n'est pas limitative et embrasse toutes les œuvres littéraires et artistiques : cela résulte des mots « ou de toute production », par lesquels elle se termine.

D'ailleurs, l'*Exposé des motifs* du décret de 1852 est très général et applique le bénéfice du texte nouveau à tous les produits *littéraires*, *scientifiques ou artistiques*, qui comprennent sans aucun doute l'œuvre du sculpteur ou de l'architecte. L'individu qui aurait contrefait une statue mise au jour en pays étranger sera donc passible des peines édictées par l'article 427 du Code pénal.

b) Le décret de 1852 défend les auteurs dramatiques et les compositeurs de musique étrangers contre la reproduction frauduleuse de leurs œuvres. Mais cette protection va-t-elle jusqu'à empêcher un directeur de théâtre d'offrir à un public français, sans l'assentiment de l'auteur, un ouvrage déjà représenté sur une scène étrangère?

Les tribunaux français ont été appelés à résoudre cette question dans les circonstances suivantes : Le directeur du Théâtre Italien ayant annoncé l'intention de monter à Paris quelques opéras de Verdi qui avaient déjà été représentés en divers pays et y avaient

obtenu un grand succès, l'illustre compositeur s'opposa à la réalisation de ce projet, en s'appuyant sur le décret de 1852, sur l'article 425 du Code pénal, et sur une consultation signée de MM. Ballot, Paillet, Dufaure et Duvergier. Mais sa prétention fut successivement repoussée en première instance, en appel et en cassation (Cass., 14 décembre 1857[1]). Les décisions qui l'ont condamnée reconnaissent bien que le droit exclusif de reproduction des œuvres littéraires, musicales et artistiques, est garanti d'une manière très large aux étrangers par le décret de 1852; mais, prenant à la lettre ce décret et l'article 425 du Code pénal, elles font observer que ces textes ne visent que « l'*édition* des écrits, compositions musicales, dessins, peintures ou de toute autre production *imprimée ou gravée* », et limitent ainsi la protection légale à une publication faite par la voie de la presse ou de la gravure. En ce qui touche les représentations théâtrales, le silence du décret, où n'est même pas mentionné l'article 428 du Code pénal qui leur est relatif, suspend l'exercice du droit dit de propriété littéraire ou artistique, sur les œuvres publiées à l'étranger, et les laisse soumises à la législation antérieure à 1852. Cette distinction entre le droit de reproduction d'un livre ou d'un tableau et le droit de représentation se justifie aisément, dit-on. La contrefaçon imprimée d'un livre cause à son auteur un préjudice considérable, parce qu'elle passe les frontières et s'adresse à de nombreux lecteurs. Une représentation non autorisée ne profite qu'à un public restreint, et emprunte souvent son succès à la richesse des décors ou au talent des interprètes, dont elle est ainsi l'œuvre, autant que celle de l'auteur dramatique et du compositeur. Il est donc naturel que le droit de ce dernier soit moins protégé que celui de l'auteur d'un livre ou d'un tableau. On ajoute que la prudence internationale voulait qu'il en fût ainsi. Si le Gouvernement français avait, *sans condition*, garanti aux étrangers le droit exclusif de représentation de leurs œuvres publiées pour la première fois à l'étranger, il lui eût été bien difficile d'obtenir, par voie de convention diplomatique, un traitement égal pour les œuvres dramatiques ou musicales françaises qui alimentent le répertoire des scènes étrangères. Il fallait se réserver la possibilité de faire plus tard des concessions aux autres Puissances, en échange de concessions semblables.

A ces arguments il est facile d'objecter que la généralité des

[1] Sirey, 1858. 1. 145.

termes du décret de 1852 et l'esprit dans lequel il a été rédigé répugnent à toute distinction ; la représentation non autorisée de l'œuvre d'autrui est aussi répréhensible au point de vue moral, aussi préjudiciable au point de vue matériel, que son impression. L'article 425 du Code pénal, dont on invoque les termes, n'a d'autre but que d'énumérer les objets qui peuvent être contrefaits, mais il ne définit en aucune manière la contrefaçon ; il ne dit pas comment elle s'opère. Peut-on, d'ailleurs, sérieusement nous opposer le mot *édition*, dont ce texte s'est servi ? L'édition (*edere*), c'est la mise au jour d'un ouvrage, c'est sa publication. Or, pour un opéra, pour un drame, la véritable publicité n'est pas celle qui résulte d'une impression que quelques-uns seulement liront, mais bien la représentation, que des milliers de personnes iront applaudir et en vue de laquelle l'œuvre a été composée. Sans doute le décret de 1852 ne rappelle pas l'article 428 du Code pénal ; mais de cette omission, il résulte seulement que l'amende de cinquante à cinq cents francs dont ce texte punit « tout directeur, tout entrepreneur de spectacles, toute association d'artistes, qui aura fait représenter sur son théâtre des ouvrages dramatiques, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs », ne protège pas les ouvrages représentés pour la première fois en pays étranger. Mais le droit des auteurs a d'autres sanctions que l'amende ; il est garanti par la confiscation des recettes, et, s'il y a lieu, par une indemnité ; et ces sanctions sont écrites dans l'article 429 du Code pénal que le décret vise en toutes lettres (art. 3). Nous croyons donc que le décret du 28 mars 1852 peut être invoqué par les auteurs dramatiques et par les compositeurs étrangers, à l'effet d'empêcher que leurs œuvres ne soient représentées en France sans leur autorisation.

c) Une œuvre publiée pour la première fois en pays étranger peut-elle être traduite en France sans l'autorisation de l'auteur ?

Dans un premier système, qui s'autorise de l'absence d'une disposition formelle dans les décrets de 1793 et de 1852, on tient l'affirmative. La contrefaçon, dit-on, est un acte délictueux ; et il n'y a de délits que les faits auxquels la loi répressive a expressément attribué un caractère pénal ; or, en évitant de se prononcer sur la traduction non autorisée d'une œuvre étrangère, le décret de 1852 l'a par cela même réputée pleinement licite. C'est d'ailleurs avec raison ; car, outre que la traduction s'adresse à une autre catégorie de lecteurs que le livre original, elle est une œuvre nouvelle, ayant souvent coûté à

son auteur autant de peine qu'une création. Et la France elle-même est intéressée à ce que le mauvais vouloir d'un littérateur ou d'un savant étranger ne puisse à jamais priver notre pays d'une production utile.

Les partisans de la négative font valoir des considérations pressantes. Nul ne songe, disent-ils, à contester le mérite parfois très grand du traducteur et le droit qui lui appartient sur son œuvre; mais c'est là un droit tout à fait distinct de celui de l'auteur proprement dit, et qu'il ne pourra exercer que si ce droit est valablement né à son profit, soit que l'ouvrage traduit soit tombé dans le domaine public, soit que l'auteur s'en soit dessaisi en sa faveur. En dehors de ces deux hypothèses, le droit de traduction est une forme et une modalité du droit de reproduction; il reste donc entre les mains du créateur de l'œuvre; son usurpation n'est autre chose qu'une contrefaçon. Le décret de 1852, en punissant la contrefaçon, punit par cela même la traduction non autorisée d'une œuvre publiée à l'étranger : et l'on ne saurait invoquer son silence pour refuser à cette dernière la protection de la loi française contre un traducteur peu scrupuleux. La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour ce système, qui nous paraît conforme à l'esprit de la législation nouvelle [1].

Nous avons ainsi déterminé d'une manière générale le champ d'application du décret de 1852; mais il nous reste une question à résoudre. Ce décret protège-t-il même les œuvres publiées avant sa promulgation ?

On l'a contesté, en s'appuyant d'une part sur le principe de la non-rétroactivité des lois (C. civ., art. 2), de l'autre sur ce que les œuvres parues à l'étranger, antérieurement à 1852, étaient tombées dans le domaine public. Mais ces deux raisons ne sont nullement concluantes. Et d'abord il est inexact de dire que le contrefacteur ait eu un *droit acquis* à reproduire les ouvrages publiés à l'étranger avant la promulgation du décret. Sans doute les actes de contrefaçon déjà commis échappent aux mesures pénales que ce décret édicte et les exemplaires contrefaits lors de sa mise en vigueur pourront être librement écoulés; mais toute contrefaçon nouvelle devient punissable, quelle que soit la date de la première publication de l'œuvre. Celle-ci n'était pas tombée dans le domaine public; le droit exclusif

[1] Cass., 12 janvier 1853 (D. P. 1853. 1. 119).

de l'auteur n'a pas un seul instant cessé d'exister en sa personne; seulement, longtemps dépouillé de sanction efficace, il est désormais garanti par la loi. Le décret de 1852 s'applique donc même aux œuvres antérieures à sa promulgation; on ne peut l'accuser d'exproprier le domaine public; il se borne à renforcer un droit déjà existant.

Ainsi, en résumé, l'égalité théorique la plus parfaite n'a cessé d'exister entre le national et l'étranger au point de vue de la protection de leurs œuvres littéraires et artistiques; limitée avant 1852 par la jurisprudence aux ouvrages publiés pour la première fois en France par l'un ou par l'autre, la garantie légale a été étendue par le décret du 28 mars à celles publiées hors de France; mais avant comme après, il n'y a sous ce rapport aucune différence entre l'auteur français et l'auteur étranger. On peut donc poser en principe que la législation française regarde aujourd'hui le droit du littérateur ou de l'artiste comme un droit naturel.

Droit conventionnel. — En dehors de la convention d'Union de 1886, sur laquelle nous reviendrons tout à l'heure, le Gouvernement français a signé avec un assez grand nombre de Puissances étrangères des traités particuliers destinés à assurer à nos nationaux en dehors de nos frontières un traitement égal à celui dont bénéficient les auteurs étrangers sur notre territoire[1]; voici leur énumération par ordre chronologique :

Traité avec l'Angleterre du 3 novembre 1851; convention modificative du 11 août 1875;

Traité avec les Pays-Bas du 29 mars 1855; convention additionnelle du 27 avril 1860; déclaration du 17 avril 1884;

Traité avec la Russie du 6 avril 1861 (dénoncé);

Traité avec le Luxembourg du 16 décembre 1865;

Traité avec le Portugal du 11 juillet 1866;

Traité avec l'Autriche du 11 décembre 1866, reconnu applicable à la Hongrie par une déclaration spéciale du Gouvernement autrichien et prorogé indéfiniment par la convention du 18 février 1884;

Traité avec le Salvador du 9 juin 1880;

[1] Quelques-uns de ces traités ne sont plus en vigueur; mais tous ils sont susceptibles de recevoir aujourd'hui et longtemps encore quelques applications aux œuvres publiées sous leur empire. Dans tous les cas, l'adhésion des Puissances signataires à la convention de Berne ne les a pas frappés de caducité.

Traité avec l'Espagne du 16 juin 1880;

Traité avec la Belgique du 31 octobre 1881; déclaration interprétative du 4 janvier 1882 (dénoncé);

Traité avec la Suisse du 23 février 1882 (dénoncé);

Déclaration provisoire entre la France et la Serbie, des 5-18 janvier 1883;

Traité avec l'Allemagne du 19 avril 1883;

Traité avec la Suède et la Norvège du 15 février 1884;

Traité avec l'Italie du 9 juillet 1884;

Traité avec le Mexique du 27 novembre 1886;

Traité avec les États-Unis du 1er juillet 1891;

Traité avec la Roumanie du 28 février 1893;

Traité avec le Guatémala du 21 août 1895;

Traité avec Costa-Rica du 28 août 1895;

Adhésion au traité entre la République Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Costa-Rica, le Guatémala, le Paraguay, le Pérou et l'Uruguay (décret du 10 août 1897);

Traité avec l'Équateur du 9 mai 1898;

Traité avec le Monténégro du 11 janvier 1902.

Ces traités contiennent des dispositions variables, dont quelques-unes semblent en contradiction avec le décret de 1852. C'est ainsi que la plupart autorisent la reproduction d'articles extraits des journaux ou recueils périodiques publiés dans l'un des deux pays, pourvu que la source dont ils émanent soit indiquée; en France une semblable reproduction constituerait, *en droit* tout au moins, une infraction aux règles qui protègent le droit des auteurs. D'autres déclarent licite sous certaines conditions la reproduction d'une œuvre non tombée dans le domaine public, pourvu qu'elle soit destinée à l'enseignement, ou encore la traduction non autorisée par l'auteur d'un ouvrage étranger; d'autres subordonnent la protection internationale des œuvres littéraires et artistiques étrangères en France à certaines formalités d'enregistrement au bureau de la librairie du ministère de l'Intérieur; d'autres enfin limitent aux œuvres dramatiques ou musicales parues à l'étranger après leur promulgation le droit exclusif de représentation que nous avons attribué aux auteurs par application du décret de 1852.

Toutes ces dispositions, contraires au texte ou à l'esprit du décret du 28 mars 1852, peuvent-elles être considérées comme l'ayant partiellement abrogé? Ou bien l'auteur étranger sera-t-il admis à invoquer ce

décret, lorsqu'il lui sera plus favorable que les conventions conclues par l'État auquel il se rattache ?

Il est indispensable de faire remarquer avant toutes choses que le décret de 1852 appartient à la période dictatoriale qui a suivi le coup d'État, qu'il a la force et la valeur d'une *loi*, et qu'à une loi seule il appartient de le modifier.

Toute la question revient dès lors à se demander si les conventions diplomatiques postérieures à 1852 ont un caractère *légal*, si elles sont des *lois* véritables. En ce qui touche celles conclues par le Gouvernement impérial, l'affirmative est difficile à soutenir, étant donné que, de 1853 à 1870, aucun traité relatif à la propriété littéraire et artistique n'a été soumis à l'approbation des Chambres législatives[1]. Dans la période intermédiaire qui sépare la chute de l'Empire de la mise en vigueur de la Constitution actuelle, c'est-à-dire du 4 septembre 1870 au 1er janvier 1876, nous ne trouvons que deux conventions sur cet objet : la convention franco-belge du 7 février 1874, et la convention additionnelle franco-anglaise du 11 août 1875 ; ni l'une ni l'autre n'a reçu la sanction de l'Assemblée nationale, alors investie de la plénitude du pouvoir législatif. Enfin tous les traités postérieurs à 1876 ont fait l'objet de délibérations dans les deux Chambres, par une application extensive de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875[2], et sont ainsi devenus exécutoires par l'effet d'une *loi*.

Contrairement à l'opinion commune[3], nous croyons qu'il faut distinguer entre les divers traités relatifs à la protection des œuvres de l'esprit ou de l'art. Ceux qui ont été ratifiés par simple décret du Chef de l'État, en dehors de l'intervention législative, laissent debout le décret-loi de 1852 et n'ont pu lui porter aucune atteinte ; les auteurs et les artistes étrangers invoqueront valablement le bénéfice de ce dernier, nonobstant les stipulations contraires des traités ; ces

[1] Robinet de Cléry, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1876, p. 348 ; L. Renault, *ibid.*, p. 454, note 2. C'est par erreur que M. Laboulaye, dans son rapport à l'Assemblée nationale sur le projet de loi constitutionnelle, a affirmé qu'à diverses reprises les Chambres de l'Empire avaient voté des traités relatifs à la propriété littéraire.

[2] L. 16 juillet 1875, art. 8 : « Les traités de commerce, les traités qui engagent les finances de l'État, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes *et au droit de propriété des Français à l'étranger*, ne sont définitifs qu'après avoir été votés dans les deux Chambres ».

[3] La jurisprudence n'hésite pas, en général, à admettre la validité des traités conclus par le second Empire, sans l'assentiment du Parlement. V. not. en notre matière, Cass., 25 juillet 1887 (D. P. 1888. 1. 5 ; *Pand. fr. pér.*, 1887. 1. 292).

traités n'auront ainsi eu d'autre effet que d'assurer à nos nationaux à l'étranger la protection de leurs œuvres littéraires et artistiques et n'auront en rien modifié la faculté que les étrangers tiennent du droit commun. Au contraire, les traités qui ont reçu la sanction du pouvoir législatif — et tel est le cas des traités récents — ont pu régulièrement déroger au décret et sont obligatoires aussi bien pour les étrangers en France que pour les Français à l'étranger.

De toute manière, la législation de 1852, si libérale envers les œuvres étrangères sur notre territoire, et les nombreux traités qui en ont étendu le bénéfice aux œuvres françaises au dehors de nos frontières, ont puissamment contribué au développement du droit international privé et à l'amélioration du sort de l'étranger; ils permettent d'espérer la réalisation complète et prochaine dans tous les pays du vœu exprimé en 1878, lors de l'ouverture du congrès littéraire international de Paris, par M. About, président de la Société des gens de lettres, touchant la rédaction d'une loi universelle ainsi formulée : « Dans tous pays civilisés, l'étranger jouira, pour la propriété de ses œuvres, des mêmes droits que les nationaux ».

Union littéraire et artistique internationale. — En attendant que ce vœu soit accompli, l'*Association littéraire internationale*, fondée en 1878 à la suite du congrès de Paris, s'est mise à la tête d'un mouvement tendant à obtenir la création d'une Union générale pour la protection des droits d'auteur, analogue aux unions monétaire et postale internationales; et une conférence d'hommes de lettres, d'artistes, de savants, d'éditeurs de tous les pays, réunis à Berne par ses soins en 1883, avait formulé un projet de convention littéraire et artistique universelle en dix articles, où se trouvait garanti et énergiquement sanctionné le droit de l'auteur et de l'artiste étrangers.

Ce projet rencontra auprès des divers Gouvernements l'accueil le plus empressé, et, encouragé par leurs avances, le Conseil fédéral suisse qui s'était chargé de le leur notifier, se décida à convoquer l'année suivante, dans sa capitale, une conférence diplomatique, composée des représentants officiels des divers États qui auraient adhéré à ses vues, dans le but d'arriver à une entente définitive. Des délibérations de cette conférence et de la révision à laquelle elles ont été soumises, en 1885, dans une réunion nouvelle, est sortie la convention du 9 septembre 1886, entre l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la France, la Grande-Bretagne, la République d'Haïti, l'Italie, la Ré-

publique de Libéria, la Confédération suisse et la Tunisie. Les ratifications en ont été échangées le 5 septembre 1887 (sauf pour Libéria), et elle est entrée en vigueur trois mois après, le 5 décembre de la même année. Depuis cette époque, le Grand-Duché de Luxembourg, la principauté de Monaco, le Monténégro et la Norwège, profitant de la faculté accordée par l'article 18 de la convention aux États non signataires, y ont accédé; enfin d'importantes modifications ont été apportées au traité d'Union par l'acte additionnel et la déclaration du 4 mai 1896, signés à Paris et promulgués en France le 20 octobre 1897.

La convention de 1886, qui n'affecte en rien le maintien des traités actuellement existants entre les divers États contractants, en tant qu'ils confèrent aux auteurs ou à leurs ayants-cause des droits plus étendus (article additionnel), et qui réserve formellement à ces États le droit de conclure à l'avenir des arrangements particuliers de ce genre (art. 15), constitue les Puissances, dont elle a recueilli l'adhésion, à l'état d'*Union pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques* (art. 1er).

Aux termes de cette convention, telle que l'a faite la révision de 1896, tous les auteurs de productions d'ordre littéraire, scientifique ou artistique[1], ressortissant à l'un des pays de l'Union, ou leurs ayants-cause, jouissent dans les autres pays, pour leurs œuvres, soit *publiées*[2] pour la première fois daus un de ces pays, soit même non publiées, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, à la condition de se soumettre aux règles et aux formalités prescrites par la législation du pays d'origine de l'œuvre (art. 2). La même protection est assurée aux auteurs d'œuvres publiéés pour la première fois dans un des pays de l'Union, même lorsque, par leur nationalité, ils sont étrangers à cette dernière (art. 3), aux traductions licites (art. 6), aux œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, même non publiées, contre toute représentation non autorisée dans l'un des États de l'Union, aux œuvres musicales inédites et à celles dont l'auteur a, en les

[1] L'acte additionnel du 4 mai 1896 admet au bénéfice de la convention les œuvres photographiques et les œuvres d'architecture, dans les pays de l'Union où la protection légale leur est assurée.

[2] « Par œuvres *publiées*, porte la déclaration de 1896, pour couper court à toute équivoque, il faut entendre les œuvres *éditées* dans l'un des États de l'Union. En conséquence, la représentation d'une œuvre dramatique ou dramatico-musicale, l'exécution d'une œuvre musicale, l'exposition d'une œuvre d'art, ne constituent pas une publication dans le sens de la convention ».

publiant, déclaré interdire l'exécution publique (art. 9). Le droit exclusif de traduction est garanti, pendant dix ans à compter de la publication de l'œuvre dans l'un des pays de l'Union, à l'auteur ressortissant à l'un de ces pays ou à ses ayants-cause (art. 5). Mais, d'autre part, la reproduction des articles non politiques de journaux ou de recueils périodiques publiés dans l'un des pays de l'Union est autorisée dans les autres, à moins que l'auteur ou l'éditeur ne l'ait formellement interdite (art. 7)[1]. Les œuvres posthumes comptent au nombre des œuvres protégées. Enfin la convention s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de sa mise en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public de leur pays d'origine (art. 14; protocole de clôture, art. 4).

L'Union a son siège à Berne; elle y est représentée par un bureau international, placé sous l'autorité et la surveillance de l'administration fédérale suisse, et chargé de centraliser les renseignements de toute nature, relatifs à la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires ou artistiques, de les coordonner, de les publier, de procéder aux études d'utilité commune intéressant l'Union. Ce bureau dirige, depuis 1888, la publication d'une feuille périodique (*Le Droit d'auteur*), rédigée en français, sa langue officielle, à l'aide des documents mis à sa disposition par les diverses administrations. Les dépenses occasionnées par le fonctionnement de l'Union sont à la charge des Puissances contractantes; leur part contributive proportionnelle se trouve déterminée dans le protocole de clôture (art. 5).

§ 2. — DROITS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX.

Sous cette rubrique, nous traiterons des droits que l'inventeur, le fabricant, le commerçant étrangers sont admis à exercer en France sur les produits de leur industrie et de leur commerce, c'est-à-dire de ceux dont le *brevet d'invention*, le *dessin ou modèle industriel*, la *marque de fabrique ou de commerce*, le *nom commercial* sont l'expression visible et la garantie.

Brevets d'invention. — La loi française reconnaît à toute personne qui prétend avoir mis au jour une invention ou une découverte

[1] Exception est faite par l'acte additionnel de 1896, pour les romans-feuilletons publiés dans des périodiques. La reproduction ou traduction n'en est permise que moyennant l'autorisation de l'auteur ou de ses ayants-cause.

nouvelle le droit exclusif de l'exploiter pendant un laps de temps déterminé et d'en retirer tous les bénéfices qu'elle comporte, moyennant l'accomplissement de certaines formalités; et ce droit, qu'elle protège contre toute usurpation, est constaté, dans son existence et dans son point de départ, par un titre officiel que l'autorité délivre, et auquel on donne le nom de *brevet d'invention* (L. 5 juillet 1844, art. 1er).

L'inventeur étranger peut-il obtenir en France un brevet d'invention? La loi aurait gardé le silence en ce qui le concerne, que l'affirmative nous serait imposée par la théorie générale que nous avons admise sur la condition juridique des étrangers; mais nous avons la bonne fortune d'avoir un texte qui rend sur le point qui nous occupe toute controverse impossible et qui proclame d'une manière formelle l'égalité du national et de l'étranger devant la loi du 5 juillet 1844. En effet, les articles 27, 28 et 29 de cette loi, qui en forment le titre III relatif aux « droits des étrangers », s'expriment en ces termes :

Art. 27. — Les étrangers pourront obtenir en France des brevets d'invention.

Art. 28. — Les formalités et conditions déterminées par la présente loi seront applicables aux brevets demandés ou délivrés en exécution de l'article précédent.

Art. 29. — L'auteur d'une invention ou découverte déjà brevetée à l'étranger pourra obtenir un brevet en France. Mais la durée de ce brevet ne pourra excéder celle des brevets antérieurement pris à l'étranger.

Le droit de l'étranger est donc reconnu, et, en ne le subordonnant à aucune condition de réciprocité diplomatique ou d'admission à domicile, le législateur de 1844 lui conserve le caractère de *droit naturel :* « Il était digne de la France de donner l'exemple du respect pour le droit des inventeurs, sans distinction de nationalité, et d'élever la garantie pour les œuvres du génie industriel à la hauteur d'un principe de droit public international. L'exercice du commerce et de l'industrie, en effet, n'appartient-il pas essentiellement au droit des gens [1]? »

Il existe cependant, soit *en droit*, soit *en fait,* quelques différences de condition entre le Français et l'étranger brevetés en France.

[1] Rapport à la Chambre des députés (Huard, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de brevets d'invention*, 1863, p. 248).

D'une part, en effet, l'article 47 de la loi de 1844 oblige l'étranger, qui, en vertu de son brevet, veut opérer la saisie des objets prétendus contrefaits, à fournir un cautionnement, dont la consignation n'est pas nécessairement exigée du Français en pareille circonstance; et cette obligation s'explique, comme celle de fournir la caution *judicatum solvi* que l'article 16 du Code civil impose au demandeur de nationalité étrangère, par le peu de garanties que l'étranger présente le plus souvent pour l'exécution des condamnations qui peuvent l'atteindre sur le sol français.

D'autre part, l'égalité théorique établie entre l'inventeur étranger et le national par l'article 27 de la loi de 1844 subit, comme il arrivait pour les *droits littéraires* de l'étranger avant le décret de 1852, quelques restrictions *de fait* importantes à connaître : les deux premières concernent les brevets dits d'*importation*, c'est-à-dire ceux qui viennent garantir en France une invention déjà brevetée en pays étranger; la troisième résulte de la déchéance qui frappe le brevet pour défaut d'exploitation sur notre territoire dans le délai de deux ans.

1° *Difficulté d'obtenir un brevet français à raison d'une invention déjà brevetée à l'étranger.* — Lorsque l'article 29 de notre texte permet à l'auteur d'une invention ou d'une découverte déjà brevetée à l'étranger d'obtenir un nouveau brevet, un *brevet d'importation* en France, le bénéfice de cette disposition se limite à vrai dire, à part des exceptions bien rares, à l'inventeur étranger : « Il n'est pas à présumer que le Français, habitant en France, aille d'abord porter à l'étranger la découverte qu'il vient de faire [1] ». Aussi le législateur, préoccupé du *plerumque fit*, a-t-il pu placer l'article 29 dans le titre consacré aux droits des étrangers.

Or, s'il est un principe absolu en cette matière, c'est celui qui exige, pour qu'une invention puisse être brevetée en France, son entière nouveauté. Mais un brevet déjà obtenu à l'étranger ne lui enlève-t-il pas son caractère, tout au moins lorsque la loi étrangère a subordonné la délivrance de ce brevet à la description complète et détaillée de son objet? Question délicate et sur laquelle auteurs et tribunaux sont loin de s'entendre.

Dans une première opinion, on propose de distinguer deux sortes

[1] Bédarride, *Commentaire des lois sur les brevets d'invention*, 1868, n° 349.

de publicité : la publicité *officielle*, résultant de ce que l'invention brevetée à l'étranger a été mise, par une description annexe, à la disposition du public, sans qu'en fait ce dernier en ait pris connaissance, et la publicité *effective*, résultant de ce qu'un plus ou moins grand nombre de personnes a réellement connu l'invention et a été ainsi mis à même d'en tirer profit. Cette dernière seule tomberait sous le coup de l'article 31 de la loi de 1844 et ferait obstacle à la délivrance d'un nouveau brevet en France.

Dans un second système qui paraît avoir rallié la majorité des auteurs et auquel la Cour de cassation a prêté à plusieurs reprises l'autorité de sa jurisprudence (V. not. Cass., 9 mars 1883, Sir., 1883. 1. 281 ; et 20 décembre 1886, Sir., 1887. 1. 148), il suffit, pour que l'invention déjà brevetée en pays étranger ne soit plus nouvelle et ne puisse plus dès lors obtenir en France un autre brevet, que, au moment de la délivrance du premier, il en ait été publié une description assez complète pour que l'exploitation soit possible. Que telle ait été la pensée des rédacteurs de la loi de 1844, cela résulte des paroles prononcées au cours de la discussion par son rapporteur, M. Philippe Dupin : « Pour les nations chez lesquelles les spécifications sont publiées, disait-il, il est évident que les brevetés étrangers ne peuvent venir demander chez nous un brevet utile; à l'égard des nations chez lesquelles les descriptions restent secrètes, l'intention peut demeurer secrète, et par conséquent il peut être obtenu un brevet en France[1] ». Que de difficultés pratiques, que de procès nouveaux viendraient se joindre à ceux déjà si nombreux que suscite la matière des brevets d'invention, s'il était nécessaire de déterminer, pour chaque brevet obtenu à l'étranger et importé en France, la mesure de la publicité *effective* qu'il a pu recevoir hors de nos frontières !

Ce système présente de graves inconvénients, nous le reconnaissons volontiers; souvent il paralysera entre les mains de l'inventeur étranger le droit au brevet que lui accorde formellement l'article 27 de la loi de 1844 ; toujours il l'obligera à étudier et à comparer les législations de tous les pays où il se propose d'exploiter sa découverte, afin de savoir auquel son intérêt lui commande d'en offrir les prémices; et son ignorance des lois étrangères aura pour effet d'enrichir à ses dépens un contrefacteur malhonnête. Mais tel qu'il est, le

[1] Huard, *op. cit*, p. 317.

second système nous paraît être celui de la loi, et ses conséquences si rigoureuses appellent une réforme législative qu'un avenir prochain, n'en doutons pas, saura réaliser.

2° *Durée des brevets d'importation.* — L'article 29 de la loi de 1844 dispose que la durée du brevet obtenu en France à raison d'une invention déjà brevetée en pays étranger ne peut excéder celle du premier brevet.

Le brevet français est ainsi déclaré solidaire de la durée normale du brevet étranger; dépourvu d'existence propre, il prend fin avec lui, de sorte qu'au lieu d'avoir la durée fixe de cinq, dix, quinze ans, assignée aux brevets par la loi française, il sera, sans pouvoir dépasser ce dernier terme, renfermé dans des limites variables; c'est une nouvelle différence *de fait* à ajouter à la précédente entre la condition de l'inventeur étranger et celle du Français.

Au point de vue théorique, cette disposition a peine à se justifier. C'est en vain, en effet, que l'on alléguerait l'impossibilité d'attribuer dans un pays un monopole à une invention qui ailleurs est tombée dans le domaine public. Certaines législations, par exemple celle des Pays-Bas, puisque le décret royal du 25 janvier 1871, relatif aux brevets d'invention, a été abrogé le 1er août 1869 et n'a pas été remplacé, n'admettent pas le système des brevets et repoussent tout monopole. La logique ne voudrait-elle pas que l'exploitation de la découverte, éclose sur le territoire qu'elles régissent et tombée dans le domaine public dès son apparition, ne rencontrât aucune entrave en France, et ne pût y faire l'objet d'un brevet?

Mais même au point de vue pratique, l'article 29 est loin d'être à l'abri de tout reproche. Et d'abord il ne prévoit pas l'hypothèse, assurément possible, où la même invention aurait, avant d'être brevetée en France, obtenu deux ou plusieurs brevets sur divers territoires étrangers. En supposant que leurs législations respectives attribuent aux brevets des durées différentes, à laquelle faudra-t-il s'attacher pour limiter l'existence du brevet français? à celle qui assure à l'invention la protection la plus longue, ou au contraire à celle qui la garantit le moins? Le silence de la loi laisse la question indécise.

D'un autre côté, lorsque l'article 29 mesure la durée du brevet d'importation à celle du brevet étranger, n'a-t-il en vue que le terme légal assigné par la loi étrangère à ce dernier, ou bien leur solidarité persiste-t-elle, même lorsque le brevet étranger vient à périr par

l'effet d'une déchéance accidentelle ou d'une cause de nullité quelconque? Ici encore le texte de la loi ne fournit aucune solution certaine.

Un premier système admet que la déchéance qui frappe le brevet étranger, par exemple à raison du défaut de paiement de la taxe, n'emporte pas l'extinction du brevet importé. S'il en était autrement, dit-on, le juge français aurait continuellement à appliquer une législation étrangère qu'il a le droit d'ignorer.

En sens contraire, on observe avec raison que, l'article 29 étant fondé sur cette idée erronée, qu'il est inadmissible qu'un brevet, tombé dans le domaine public à l'étranger, soit protégé chez nous, c'est entrer dans les vues de ses rédacteurs que de faire subir au brevet d'importation le contre-coup des déchéances qui frappent le brevet primitif. Sans doute cette solution, qui est celle de la jurisprudence (Cass., 14 janvier 1864, Sir., 1864. 1. 200; 28 juin 1881, Sir., 1881. 1. 409), n'est pas exempte de défauts, puisqu'elle permet à l'inventeur qui a pris successivement deux brevets, l'un en France, l'autre à l'étranger, et qui a cédé ce dernier, de mettre obstacle à l'exploitation du droit du cessionnaire sur le sol français, en refusant volontairement de se soumettre aux prescriptions de la loi étrangère et en encourant ainsi par son fait une déchéance qu'il devrait être seul à supporter. Mais, quelque dangereuse qu'elle soit, l'esprit de la loi nous oblige à l'admettre, tout en exprimant le vœu qu'une révision législative vienne bientôt donner satisfaction aux griefs qu'elle soulève.

3° *Obligation d'exploiter en France.* — Enfin le droit de l'étranger trouve une dernière restriction de fait dans l'obligation que l'article 32-2° de la loi de 1844 impose à l'inventeur breveté dans notre pays d'exploiter sa découverte en France, dans le délai de deux ans, sous peine de déchéance.

Cette disposition, facile à justifier, parce qu'à côté du privilège de l'inventeur il y a le droit du public français demandant à jouir tout de suite du progrès réalisé, dont il ne peut dépendre du mauvais vouloir d'un homme de retarder indéfiniment l'ouverture, n'est pas à la vérité bien rigoureuse, puisque les tribunaux sont maîtres d'apprécier le bien fondé des excuses alléguées et d'écarter la déchéance, s'il y a lieu; mais telle qu'elle est, et quoique n'établissant, à vrai dire, aucune inégalité de droit entre le national et l'étranger, elle est *en fait* moins favorable à ce dernier qu'à celui-là. En effet, la nécessité d'exploiter en France, peu gênante pour l'inventeur français,

sera souvent pour l'étranger, n'ayant en France ni relations, ni établissement, ni manufacture, un obstacle sérieux à la jouissance de ses droits industriels.

Il convient de rattacher à l'obligation d'exploiter en France, à laquelle l'inventeur breveté est astreint, la défense qui lui est faite, à peine de déchéance, d'introduire sur le territoire français des objets similaires à ceux que son brevet garantit (L. de 1844, art. 32-3°). L'industrie nationale est intéressée à ce que l'invention soit exploitée chez nous et à ce que l'on ne livre à la consommation française, en vertu de ce brevet, que des produits fabriqués en France. Quoique l'article 32 *in fine* de la loi de 1844, complété par une loi du 31 mai 1856, tempère cette prohibition en exceptant l'introduction autorisée par le ministre du Commerce de modèles de machines, et d'objets fabriqués à l'étranger, destinés à des expositions publiques ou à des essais faits avec l'assentiment du Gouvernement, elle a été vivement attaquée. Elle oblige, en effet, le breveté à fonder dès l'abord sur notre territoire des établissements industriels assez considérables pour suffire aux besoins de la consommation, avant qu'il ait pu se rendre compte, par l'introduction préalable d'objets semblables fabriqués par lui à l'étranger, du succès qui attend se découverte en France et des bénéfices que l'exploitation pourra lui valoir. D'autre part, l'industrie française, le travail national ne sont-ils pas suffisamment protégés par la nécessité d'exploiter en France dans les deux ans, qui est imposée à l'inventeur? Le 2° et le 3° de l'article 32 de la loi de 1844 font en quelque sorte double emploi; et l'abrogation de cette dernière disposition a été, non sans raison, réclamée par le congrès de la propriété industrielle de 1878 et de 1889.

Ajoutons que l'article 41 de la loi de 1844 punit des peines de la contrefaçon « ceux qui auront sciemment recélé, vendu ou exposé en vente ou introduit sur le territoire français un ou plusieurs objets contrefaits ». Les tribunaux appliquent ce texte à l'hypothèse où l'introduction sur le sol français a eu lieu en transit, en entrepôt, ou encore ne porte que sur de simples échantillons, à celle où, un inventeur ayant pris, pour un même produit, double brevet, en France et hors de nos frontières, le produit fabriqué à l'étranger soit par lui-même, soit par son ayant-cause, aurait été introduit et mis en vente par un tiers sur notre territoire.

Dessins et modèles industriels. — Aucune définition légale n'a

été donnée jusqu'à ce jour des *dessins et modèles industriels ou de fabrique*, et, dans le silence des textes en vigueur, c'est aux tribunaux qu'il appartient encore d'apprécier, suivant les circonstances, la nature des dessins et modèles, dont la protection leur est demandée.

La question d'ailleurs, est loin d'être dénuée d'intérêt pratique : car, suivant que le dessin présentera un caractère *industriel ou artistique*, c'est la loi de 1806 dont il va être question, ou le décret de 1793 dont il a déjà été parlé ci-dessus, qui lui sera applicable; et les conditions de la protection qui résulte de l'un et l'autre de ces deux textes sont essentiellement différentes[1].

La loi du 18 mars 1806, restreinte d'abord à la protection de l'industrie lyonnaise, puis étendue et généralisée par l'ordonnance royale du 17 août 1825, est très laconique dans ses dispositions. De ces textes combinés il résulte qu'un dessin doit, pour être garanti en France, être préalablement déposé aux archives du conseil des prud'hommes (L. de 1806, art. 15), s'il n'y en a pas, au greffe du tribunal de commerce, ou à défaut au greffe du tribunal civil (Ord. de 1825, art. 1er).

En effectuant ce dépôt, le fabricant est tenu de déclarer s'il entend se réserver *à toujours*, ou pendant un certain nombre d'années seulement, l'usage exclusif de son dessin ; on le voit, le législateur a, par une exagération regrettable de l'idée de propriété industrielle, admis pour les dessins et modèles de fabrique une perpétuité facultative qu'il refuse au littérateur, à l'artiste, à l'inventeur breveté. Pendant toute la durée déclarée par lui, le fabricant jouit d'un droit privatif sur la forme du dessin qu'il a déposé ; en dehors de l'action en dommages-intérêts que lui offre le droit commun (C. civ., art. 1382) à l'encontre du contrefacteur, il est armé vis-à-vis de ce dernier d'un droit de saisie, et en outre il trouve dans les articles 425 et suivants du Code pénal une protection des plus efficaces.

[1] Plusieurs critériums ont été proposés, en vue de distinguer le dessin industriel du dessin artistique, et la jurisprudence n'est pas encore entièrement fixée. Dans une première opinion, c'est à la destination du dessin qu'il faut s'attacher. Cette destination est-elle industrielle, le dessin lui-même acquiert ce caractère. Est-elle purement artistique, au contraire, et ne poursuit-elle que le plaisir des yeux, le dessin est artistique. Un autre système fait abstraction de la destination du dessin et ne tient compte que de la pensée qui a inspiré son auteur. A-t-il obéi à une idée exclusivement artistique, le dessin est protégé par le décret de 1793. A-t-il, au contraire, cédé à des préoccupations industrielles, à des vues d'exploitation, la loi de 1806 seule lui est applicable.

Observons d'ailleurs que la jurisprudence étend aux dessins et modèles de fabrique les prescriptions des articles 30, § 1 et 31 de la loi de 1844 sur les brevets d'invention, et qu'elle exige, pour qu'ils puissent faire l'objet d'un dépôt régulier, leur entière nouveauté.

L'étranger peut-il, en se soumettant aux conditions et aux formalités exigées par la loi française, s'assurer en France un droit exclusif sur ses dessins et modèles industriels?

Pour répondre à cette question, il est nécessaire de distinguer deux périodes, l'une antérieure à la loi du 26 novembre 1873, l'autre allant de cette loi jusqu'à nos jours.

Première période. — La loi de 1806 et l'ordonnance de 1825 ne faisant aucune mention de l'étranger, c'est par application de la théorie générale basée sur l'article 11 du Code civil qu'il faut déterminer l'étendue de ses droits, et en conséquence, fidèles à l'opinion que nous avons ci-dessus adoptée, nous sommes obligés d'admettre que le silence du législateur équivalait à la reconnaissance de l'égalité du national et de l'étranger. Néanmoins la jurisprudence avait toujours résisté à cette manière de voir, subordonnant le droit de l'étranger à la protection de ses dessins et modèles industriels, à l'existence d'un traité international ou d'une autorisation de domicile.

Deuxième période. — Moins libérale que l'interprétation que nous avons donnée à l'article 11, mais plus large que la jurisprudence, la loi du 26 novembre 1873, commune aux marques de fabrique, au nom commercial, aux *dessins et modèles de fabrique*, dispose que les lois en vigueur, concernant ces différents objets « seront appliquées au profit des étrangers *si, dans leur pays, la législation ou des traités internationaux assurent aux Français les mêmes garanties* ».

La *réciprocité diplomatique*, impérieusement voulue par l'article 11 du Code civil, n'est plus exigée; il suffit, pour que l'étranger puisse invoquer en France la protection de la loi de 1806, que des droits égaux soient reconnus aux Français par la législation du pays auquel il appartient. Dans ces conditions, l'étranger accomplira valablement les formalités du dépôt; il poursuivra les contrefacteurs devant les juridictions civiles et repressives, comme s'il s'agissait d'une atteinte portée aux droits d'un citoyen français; mais la jurisprudence, appliquant par analogie aux dessins et modèles industriels les causes de déchéance que la loi de 1844 a établies pour les brevets d'invention, rend cette égalité moins complète *en fait*, lorsqu'elle déclare nul le dépôt d'un dessin précédemment exploité en pays étranger, et lors-

qu'elle limite à la durée fixée par la loi étrangère la protection accordée en France au dessin qui a déjà fait l'objet d'un dépôt hors de nos frontières; il est clair en effet que, bien que concernant en apparence le national aussi bien que l'étranger, c'est ce dernier que les décisions de la jurisprudence visent et atteindront le plus souvent.

C'est une question discutée que celle de savoir si, en dehors de toute convention diplomatique et de toute réciprocité législative, l'étranger, alors même qu'il n'aurait effectué aucun dépôt, ne peut pas diriger contre le contrefacteur de ses dessins ou modèles industriels une action en dommages-intérêts, basée sur l'article 1382 du Code civil. Nous adoptons l'affirmative. En effet, le Français n'ayant pas opéré le dépôt prescrit par la loi de 1806, serait, de l'aveu de tous, en droit d'exercer une action semblable; or, aucun texte n'en refusant le bénéfice à l'étranger, nous devons admettre, conformément aux idées générales qui ont été développées plus haut, que ce dernier l'exercera valablement. La loi de 1873 aurait eu pour unique effet de subordonner à l'existence de la réciprocité la protection *spéciale* qui résulte pour le fabricant de la loi de 1806 et de l'ordonnance de 1825, et n'aurait mis aucun obstacle à l'application du droit commun de l'article 1382.

Marques de fabrique et de commerce. — La loi du 23 juin 1857 donne des marques de fabrique et de commerce une définition qu'il importe de rappeler tout d'abord : « Sont considérés comme tels, dit-elle dans son article 1er *in fine*, les noms *sous une forme distinctive*, les dénominations, emblèmes, empreintes, timbres, cachets, vignettes, reliefs, lettres, chiffres, enveloppes, et tous autres signes servant à distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce ».

C'est au moyen des marques que l'industriel et le commerçant signalent au public et individualisent en quelque sorte les objets de leur fabrication et de leur commerce; elles constituent pour le consommateur, comme pour le producteur, comme pour le débitant, une garantie sérieuse; leur usurpation, leur apposition non autorisée sur des produits souvent inférieurs et falsifiés, causent à celui qui les a adoptées un préjudice évident, contre lequel le législateur a le devoir de le prémunir. Sans doute, le titulaire d'une marque contrefaite trouve dans l'article 1382 du Code civil le moyen de se faire indemniser du dommage dont le contrefacteur l'a rendu victime; mais cette protection n'a pas paru suffisante.

Après la loi du 22 germinal an XI et l'article 142 du Code pénal qui, en assimilant la contrefaçon des marques au crime de faux en écriture privée, dépassaient peut-être le but, la loi de 1857 est venue édicter des peines, variant de 50 à 3.000 francs d'amende et d'un mois à trois ans d'emprisonnement, contre la contrefaçon, l'apposition ou l'imitation frauduleuse d'une marque préalablement déposée au greffe du tribunal de commerce du domicile du fabricant ou du commerçant (art. 5 à 15); le droit exclusif de ce dernier est reconnu pour une durée renouvelable de quinze ans (art. 2 et 3).

L'étranger peut-il réclamer sur notre territoire la protection de la loi française pour ses marques de fabrique et de commerce?

Trois périodes doivent être distinguées dans notre droit nouveau: la première s'étendant de la promulgation du Code civil à la loi du 23 juin 1857, la seconde allant de 1857 à la loi du 26 novembre 1873, la troisième enfin, postérieure à cette loi.

Première période. — La loi de l'an XI ne parle pas de l'étranger: aussi était-ce, avant 1857, une question très débattue que celle de savoir si la garantie des marques de fabrique constitue un *droit naturel*, ouvert à tous sans distinction de nationalité, ou un *droit civil* dont les Français seuls seraient reçus à se prévaloir, à moins d'un traité ou d'une admission à domicile. La Cour de cassation s'était prononcée en faveur de cette dernière solution [1].

Deuxième période. — La loi du 23 juin 1857 revint partiellement sur cette jurisprudence rigoureuse et reconnut, sous certaines conditions, le droit de l'étranger.

Art. 5. — Les étrangers, *qui possèdent en France des établissements d'industrie ou de commerce*, jouissent pour les produits de leurs établissements du bénéfice de la présente loi, en remplissant les formalités qu'elle prescrit.

Art. 6. — Les étrangers et les Français dont les établissements sont situés hors de France jouissent également des bénéfices de la présente loi, pour les produits de ces établissements, si dans les pays où ils sont situés, des conventions diplomatiques ont établi la réciprocité pour les marques françaises.

Il est à remarquer que ce texte, comme ceux relatifs à la protection des œuvres littéraires et artistiques, ne se préoccupe pas en apparence de la *nationalité de l'industriel ou du commerçant*, titulaire de la

[1] Cass., ch. r., 12 juillet 1848 (Sirey. 1848. 1. 418); 12 avril 1854 (*J. P.*, 1855. 2. 137); 16 novembre 1857 (Pataille, 1857, p. 361).

marque, mais de la *nationalité de cette marque elle-même*. Il distingue deux hypothèses : Ou bien la marque est exploitée dans un établissement situé en France, et alors, soit qu'elle appartienne à un Français, soit qu'elle appartienne à un étranger, elle est garantie par la loi; ou bien au contraire elle est exploitée en pays étranger, et alors son titulaire, soit étranger, soit même Français, ne peut invoquer les dispositions protectrices de la loi de 1857 que si des traités internationaux conclus par l'État sur le territoire duquel est situé son établissement industriel y protègent également les marques françaises. En fait, les marques exploitées à l'étranger appartiendront le plus souvent à un industriel ou à un commerçant étranger; en ce qui les concerne, la loi de 1857 ne contient pas une innovation très sensible sur l'interprétation restrictive donnée par la jurisprudence à l'article 11 du Code civil; mais où elle réalise un véritable progrès, c'est quand elle applique le bénéfice de la législation française, non plus seulement à l'étranger admis à fixer son domicile sur le sol français, conformément à l'article 13 du Code civil, mais à tout étranger, même non résidant, y ayant un *établissement industriel*.

Que faut-il entendre par établissement? Suffira-t-il, pour être dans les termes de l'article 5 de la loi de 1857, que l'industriel étranger ait en France un correspondant, un dépositaire, chargé d'écouler sur notre territoire les produits qu'il n'y fabrique pas? La négative paraît conforme aux intentions du législateur qui « n'accorde et n'a entendu appliquer le bénéfice de ses dispositions aux étrangers qu'en échange du contingent qu'ils fournissent à la richesse et à l'activité du pays. Or l'étranger, qui fabrique chez lui et qui ne vient en France que pour y vendre ses produits, ne contribue en rien à la richesse nationale : il ne lui apporte ni ses capitaux, ni son industrie. Loin de concourir à l'activité du pays, il nuit essentiellement à nos travailleurs, en les privant de la main-d'œuvre, qu'il serait bien forcé de leur demander s'il exploitait en France son établissement »[1].

Troisième période. — La loi du 26 novembre 1873, dont il a déjà été question ci-dessus (p. 276), ajoute à la législation de 1857, en décidant (art. 9) que l'étranger peut invoquer la protection des lois françaises « si, dans son pays, *la législation* ou les traités internationaux assurent aux Français la même garantie ». Ainsi la *réciprocité diplomatique* n'est plus nécessaire; c'est assez, pour que la marque de

[1] Bédarride, n° 882.

fabrique exploitée *à l'étranger* par un étranger soit protégée en France, que la loi nationale de ce dernier garantisse au même titre les marques appartenant aux Français.

Dès lors, si l'on combine les dispositions de la loi de 1857 et celles de la loi de 1873, on peut poser en fait que la protection des marques de fabrique est aujourd'hui assurée sur notre territoire :

1° à l'étranger autorisé à fixer son domicile en France et admis en conséquence à la jouissance des droits civils (C. civ., art. 13);

2° à l'étranger non admis à domicile qui possède un établissement d'industrie ou de commerce en France (L. de 1857, art. 5);

3° à l'étranger établi hors de France, dans un pays où les traités internationaux protègent les marques françaises (L. de 1857, art. 6[1]);

4° à l'étranger, appartenant à un pays où le Français est investi de droits égaux par les traités diplomatiques, alors même que ce Français n'a pas d'établissement industriel en France (L. de 1857, art. 5; L. de 1873, art. 9);

5° enfin, à l'étranger, qui n'a pas d'établissement d'industrie ou de commerce en France, pourvu que sa loi nationale reconnaisse le droit du Français à l'usage exclusif de ses marques de fabrique et de commerce sur le territoire qu'elle régit (L. de 1873, art. 9).

L'étranger appartenant à l'une de ces catégories doit, s'il veut se réserver l'usage d'une marque, en effectuer le dépôt, soit au greffe du tribunal de commerce de son domicile (L. de 1857, art. 2, modifié par la loi du 3 mai 1890), ou, s'il n'est pas domicilié en France, au greffe du tribunal du lieu où est situé son établissement industriel, soit à défaut d'établissement situé en France, au greffe du tribunal de commerce de la Seine (L. de 1857, art. 6; décret du 26 juillet 1858, art. 7; décret du 27 février 1891, art. 15). Ce dépôt rend seul possibles les poursuites correctionnelles à raison de la contrefaçon ou de l'usurpation de la marque, sans préjudice du droit d'obtenir des dommages-intérêts, en vertu de l'article 1382 du Code civil, qui appartient sans conteste à l'étranger assimilé aux Français par les lois de 1857 et de 1873.

Mais le dépôt et l'accomplissement des formalités exigées par ces

[1] Indépendamment de la convention d'Union de 1883, dont il sera parlé ci-après, la France a conclu des traités relatifs à la protection des marques de fabrique, avec l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, Costa-Rica, le Danemark, l'Équateur, le Guatémala, le Luxembourg, le Mexique, le Pérou, la Roumanie, la Russie, la Suède et la Norwège, le Vénézuéla.

textes protègent-ils même les marques antérieurement contrefaites? L'étranger qui, en l'absence d'un traité ou d'une loi établissant la réciprocité au profit des Français, n'a pas opéré le dépôt de sa marque et n'a pu ainsi mettre obstacle à son usurpation, pourra-t-il, après la conclusion d'un semblable traité ou la promulgation d'une semblable loi, remplir les formalités prescrites et revendiquer l'usage exclusif de cette marque à l'encontre de ceux qui, profitant de l'absence de garantie légale, l'ont déjà contrefaite?

La jurisprudence tient la négative et professe que l'étranger ne peut invoquer la protection de nos lois que pour les marques déposées qui ont été usurpées après la loi ou le traité qui reconnaît son droit. Nous n'admettons pas cette solution ; et, restant d'accord avec celle que nous avons ci-dessus proposée pour la garantie des œuvres littéraires ou artistiques, nous dirons, avec la plupart des auteurs, que le dépôt d'une marque permet à son titulaire d'empêcher à l'avenir tout acte de contrefaçon même procédant d'une usurpation antérieure, à laquelle il n'a pu s'opposer, et que le contrefacteur ne peut alléguer contre lui aucun *droit acquis*.

Nom commercial. — La loi de 1857, nous l'avons vu, ne protège le nom du commerçant ou de l'industriel que lorsque, à raison de la *forme distinctive* qu'il affecte, ce nom peut être considéré comme constituant une marque de fabrique.

Mais, en dehors de ce cas et du droit commun de l'article 1382 du Code civil, le concurrent qui usurpe le nom d'autrui, tout en lui donnant sur ses produits une figuration différente, encourt-il quelque responsabilité pénale?

L'affirmative résulte aujourd'hui en France de la loi du 28 juillet 1824, qui applique à cette usurpation les peines correctionnelles dont l'article 423 du Code pénal punit la tromperie sur la nature ou la qualité de la marchandise vendue, à savoir un emprisonnement de trois mois à un an et une amende variable dont le taux ne peut être inférieur à cinquante francs. Et c'est justice : « Le nom, dit M. Fiore, représente en fait la personne elle-même; c'est le résumé de tous les éléments qui composent son individualité; il est par excellence la propriété la plus certaine, la plus indiscutable, la plus légitime, la plus imprescriptible[1] ».

L'étranger invoquera-t-il valablement les dispositions de la loi de

[1] P. Fiore, *Journal du dr. int. pr.*, 1883, p. 19.

1824? La protection du nom commercial constitue-t-elle pour lui un droit naturel, dont il pourra réclamer le bénéfice, même en l'absence d'un traité ou d'une autorisation de domicile?

La plupart des auteurs et quelques arrêts de cours d'appel ont reconnu le droit de l'étranger; et c'est bien là la solution qui nous paraît résulter du silence même que la législation a gardé en ce qui le concerne. Mais cette doctrine libérale n'a pas trouvé faveur auprès de la Cour de cassation; par un arrêt célèbre rendu, toutes chambres réunies, le 12 juillet 1848, sur les conclusions conformes du procureur général Dupin, elle a décidé que la protection du nom commercial constitue un *droit civil*, auquel l'étranger ne peut prétendre que dans les termes des articles 11 et 13 du Code civil.

Cette jurisprudence a été confirmée, quoique élargie, par l'article 9 de la loi du 26 novembre 1873, qui subordonne le droit de l'étranger en matière de nom commercial, comme en matière de marques de fabrique, comme en matière de dessins et modèles industriels, à l'existence d'une réciprocité soit législative, soit diplomatique[1], au profit des nationaux français à l'étranger[2].

Union industrielle et commerciale. — Les difficultés soulevées par l'interprétation des traités et les incertitudes de la jurisprudence internationale sur les divers points qui viennent d'être étudiés avaient fait apparaître à tous les yeux la nécessité d'une entente entre les Puissances, pour la protection des droits industriels et commerciaux de leurs nationaux. Déjà réclamée par le congrès de la propriété industrielle de 1878, cette entente est aujourd'hui un fait accompli. Une conférence diplomatique convoquée à Paris en 1880 par les soins du Gouvernement français, en vue d'en arrêter les bases, a réuni l'adhésion de la plupart des États civilisés, et de l'accord de leurs délégués est sorti un projet d'*Union internationale pour la protection de la propriété industrielle*, qui a été soumis à l'acceptation des Puissances et que la France n'a pas été la dernière à approuver.

C'est à la date du 20 mars 1883 que la convention définitive a été signée par les représentants de la Belgique, du Brésil, de l'Espagne,

[1] La jurisprudence étend au nom commercial les stipulations des traités relatives aux marques de fabrique, alors même qu'elles ne s'en seraient pas formellement expliquées. Cass., 27 mai 1870 (D. P. 1871. 1. 180).

[2] V. ci-dessus, p. 276.

de la France, du *Guatémala*[1], de l'Italie, des Pays-Bas, du Portugal, du *Salvador*, de la Serbie et de la Suisse; et les ratifications en ont été échangées à Paris le 6 juin 1884; le même jour ont été déposés les actes d'accession de la Grande-Bretagne, de l'*Équateur* et de la Tunisie, auxquels sont venues se joindre plus tard les adhésions de la Turquie, de la République dominicaine, de la Suède, de la Norwège, du Danemark, des États-Unis d'Amérique, de l'Allemagne[2] et de l'Autriche-Hongrie; seule, parmi les grandes Puissances de l'Europe, la Russie est jusqu'à ce jour demeurée en dehors de l'Union.

La convention, promulguée en France par décret du 6 juillet 1884, établit, relativement aux brevets d'invention, aux dessins et modèles industriels, aux marques de fabrique et de commerce, et au nom commercial une égalité complète de droits entre les ressortissants de chacun des États contractants dans tous les autres États compris dans l'Union (art. 2), et elle leur assimile les sujets des États non-concordataires, qui auraient leur domicile ou un établissement industriel ou commercial sur le territoire de l'une des Puissances contractantes (art. 3)[3].

C'est à la législation particulière de chacun des États de l'Union qu'il appartient de déterminer les conditions et l'étendue de la protection à laquelle pourront prétendre sur son territoire les droits industriels et commerciaux des ressortissants étrangers; mais cette autonomie législative ne pourra s'exercer que dans les limites où la convention de 1883 est venue la restreindre; en d'autres termes, les industriels et les commerçants qu'elle protège ne peuvent être dépouillés des droits qu'elle consacre à leur profit par la promulgation d'une loi nouvelle en pays étranger; et les lois déjà existantes au jour de sa promulgation se trouvent *ipso facto* abrogées, dans la mesure où elles leur seraient moins favorables. Mais rien n'empêche les divers États qui ont adhéré à l'Union de se montrer plus généreux à l'égard des étrangers que la convention de 1883 ne l'a été, de sanctionner leurs droits plus énergiquement qu'elle ne l'a fait, de dépasser le *minimum* de protection qu'elle a imposé aux Puissances signa-

1 Les Puissances dont le nom est imprimé en italiques ont par la suite dénoncé la convention.

2 L'adhésion de l'Allemagne, donnée en avril 1903, ne s'applique pas aux arrangements de Madrid de 1891.

3 L'acte additionnel du 14 décembre 1900 (art. 10 *bis*) ajoute que les ressortissants de la convention jouiront, dans tous les États de l'Union, de la protection accordée aux nationaux contre la concurrence déloyale.

taires. Ceci nous amène à rechercher si la convention d'Union industrielle internationale a porté quelque atteinte à nos lois sur les brevets d'invention, sur les dessins et modèles industriels, sur les marques de fabrique ou de commerce, sur le nom commercial, dans celles de leurs dispositions qui sont applicables aux étrangers.

Une première dérogation résulte de son article 4, qui attribue à toute personne ayant régulièrement déposé une demande de brevet d'invention, un dessin ou un modèle industriel, une marque de fabrique ou de commerce dans l'un des États contractants, un *droit de priorité*, pour effectuer le dépôt dans les autres États et sous réserve des droits des tiers, pendant six mois pour les brevets d'invention, pendant trois mois pour les dessins et modèles industriels, ainsi que pour les marques de fabrique[1] : ces délais sont augmentés d'un mois pour les pays *d'outre-mer*. Ce texte atténue dans une large mesure les conséquences si rigoureuses de la règle posée dans l'article 30 de la loi de 1844 qui exige l'absolue nouveauté de l'invention brevetée ; il la modifie gravement.

L'article 5 de la convention ne respecte pas davantage la disposition de la loi française qui interdit, sous peine de déchéance, l'introduction sur notre territoire, d'objets fabriqués à l'étranger et semblables à ceux que garantit le brevet (L. de 1844, art. 32-3°) : « L'introduction par le breveté, dans le pays où le brevet a été délivré, d'objets fabriqués dans l'un et l'autre des États de l'Union n'entraînera pas la déchéance. — Toutefois le breveté restera soumis à l'obligation d'exploiter son brevet conformément aux lois du pays où il introduit les objets brevetés[2] ». La suppression, dans les rapports des États concordataires, de la déchéance dont la loi de 1844 punit l'introduction en France d'objets contrefaits a provoqué de la part des chambres de commerce françaises des réclamations aussi vives que peu fondées. Les raisons que nous avons fait valoir ci-dessus à l'appui d'une réforme législative la justifient pleinement.

Venant aux marques de fabrique et de commerce, la convention décide, dans son article 6, que, pourvu qu'elles aient été régulièrement

[1] Ces délais ont été portés respectivement à douze mois et à quatre mois par l'acte additionnel de Bruxelles du 14 décembre 1900.

[2] L'acte additionnel de Bruxelles du 14 décembre 1900 dispose que « le breveté, dans chaque pays, ne pourra être frappé de déchéance pour cause de non-exploitation qu'après un délai minimum de trois ans, à dater du dépôt de la demande dans le pays dont il s'agit, et dans le cas où le breveté ne justifierait pas des causes de son inaction ».

déposées dans les pays d'origine, elles seront admises et protégées, *tel-les qu'elles se comportent*, dans les autres pays de l'Union. Et par pays d'origine on entend le pays où le déposant a son principal établissement, ou bien, si ce dernier pays ne fait pas partie de l'Union, celui auquel ressortit le déposant. D'ailleurs le dépôt peut être refusé si l'objet pour lequel il est demandé est considéré comme contraire à la morale ou à l'ordre public; mais la nature du produit sur lequel la marque doit être apposée, ne sera jamais une cause d'exclusion (art. 7)[1].

Quant au nom commercial, sur lequel presque tous les traités antérieurs avaient gardé le silence, il sera protégé dans tous les pays de l'Union sans obligation de dépôt, *qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique ou de commerce* (art. 8). La Cour de cassation avait admis l'indivisibilité du nom commercial et de la marque emblématique à laquelle il est incorporé, en ce sens que l'un et l'autre devaient tomber en même temps dans le domaine public[2]. L'article 8 condamne pour l'avenir cette jurisprudence, tout au moins en ce qui concerne les étrangers ressortissant aux États de l'Union.

Tout produit portant sans droit une marque de fabrique ou de commerce ou un nom commercial, pourra être saisi, à la requête du ministère public ou de la partie intéressée, lors de son importation dans ceux des États de l'Union où cette marque ou ce nom ont droit à la protection légale (art. 9); et cette disposition est étendue à tout produit portant fausssement, comme indication de provenance, le nom d'une localité déterminée, *si cette indication est jointe à un nom commercial fictif ou emprunté dans une intention frauduleuse* (art. 10)[3].

[1] La France, la Belgique, l'Espagne, le Guatémala, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Suisse et la Tunisie, usant de la faculté que leur réserve l'article 14 du traité d'Union, se sont mis d'accord, par une des conventions de Madrid du 14 avril 1891, rendue exécutoire en France par la loi du 15 juillet 1892, pour organiser, dans leurs rapports réciproques, l'*enregistrement international des marques de fabrique et de commerce*. Aux termes de cette convention, les sujets ou citoyens de chacun des États contractants et ceux que l'article 3 de la convention de Berne leur assimile, peuvent s'assurer dans *tous* les autres États, pour une durée renouvelable de vingt ans, la protection des marques déposées dans leur pays d'origine, moyennant le dépôt desdites marques au bureau international de Berne, effectué par les soins de l'administration de ce pays. Ce dépôt unique équivaut à un dépôt opéré dans chacun des États qui ont pris part à la convention. V. aussi l'acte additionnel de Bruxelles du 14 décembre 1900.

[2] Cass., 13 février 1879 (Pataille, 1880, p. 113).

[3] La convention de Madrid du 14 avril 1891, intervenue entre la France, le Brésil,

Les Puissances contractantes prennent l'engagement d'accorder une protection provisoire aux inventions brevetables, aux dessins ou modèles industriels, ainsi qu'aux marques de fabrique ou de commerce, pour les produits qui figureront aux expositions internationales officielles ou officiellement autorisées (art. 11).

Le siège de l'Union industrielle est placé à Berne, où fonctionne, aux frais communs des États qui y ont adhéré, et sous la surveillance des autorités fédérales suisses, un office international, analogue au bureau de l'Union littéraire, chargé, comme lui, de centraliser les documents et renseignements de toute nature, et de procéder aux études d'utilité commune concernant l'Union; il s'adresse au public par une feuille périodique rédigée en français (art. 13), *La Propriété industrielle.*

La convention de 1883 prend soin de réserver aux États qui l'ont signée la faculté de conclure entre eux tels arrangements particuliers qui ne contreviendraient pas à ses dispositions (art. 15); elle prescrit enfin la réunion de conférences périodiques destinées à perfectionner son œuvre (art. 14). Nous avons vu, chemin faisant, que celles de Madrid de 1890, et de Bruxelles de 1900 lui ont apporté des modifications importantes.

Section IV. — *Acquisition, transmission et extinction des droits patrimoniaux.*

Nous venons de déterminer à quels droits patrimoniaux l'étranger peut prétendre, et par suite de quelles obligations il peut être tenu sur notre territoire, soit par application des principes généraux qui gouvernent sa condition, soit en vertu des dispositions formelles de la loi française. Mais ce n'est pas assez d'avoir démontré que l'exercice

l'Espagne, la Grande-Bretagne, le Guatémala, le Portugal, la Suisse et la Tunisie, a modifié cette stipulation, en ce sens que tout produit, portant une fausse indication dans laquelle un des pays contractants sera indiqué comme pays d'origine, sera saisi à l'importation, et que si un débitant veut inscrire son nom ou son adresse sur un produit provenant d'un pays différent de celui de la vente, cette adresse ou ce nom doit être accompagné de l'indication précise, et en caractères apparents, du pays ou du lieu de fabrication ou de production. D'ailleurs, il appartient aux tribunaux de chaque pays de décider quelles sont les appellations échappant à la répression, à raison de leur caractère générique (par exemple, gants de Suède, eau de Cologne); mais il est spécifié que les appellations régionales de produits vinicoles (vins de Champagne par exemple), n'entrent pas dans cette réserve.

de ces droits, régulièrement nés ou légitimement acquis, ne rencontre dans notre législation aucun obstacle juridique. Il faut encore rechercher si ce qui est vrai du droit lui-même, considéré soit au point de vue actif, soit au point de vue passif, l'est aussi des procédés qui servent à l'acquérir, à le transmettre, à l'éteindre. L'étranger pourra-t-il valablement y recourir?

Le critérium que nous avons adopté pour la distinction des droits naturels et des droits civils rend notre tâche facile; ils nous oblige à rendre accessibles à l'étranger tous les moyens d'acquérir ou de transmettre soit un droit réel, soit un droit personnel, soit un droit intellectuel, toutes les causes d'extinction des obligations, dont la loi n'a pas formellement réservé l'usage aux nationaux français.

Qu'il en soit ainsi de l'occupation, de l'invention, de l'accession, de la convention, par laquelle on acquiert et l'on transmet non seulement la propriété ou l'un quelconque de ses démembrements, mais encore un droit d'obligation ou un droit intellectuel, c'est ce que personne ne conteste. De même, la loi, dans certains cas, et les modes d'acquisition propres à telle ou à telle variété de droits, par exemple, la *destination du père de famille*, qui sert à établir une servitude continue et apparente, de même encore les sources non contractuelles, d'où naissent les obligations, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits, et inversement les causes de libération, telles que le paiement, la novation, la compensation, la prescription extinctive, seront valablement invoquées par l'étranger en France [1]; toutes réserves étant faites d'ailleurs en ce qui touche les règles applicables à la solution des *conflits de lois*, qui seront exposées au livre suivant.

Quant à la prescription acquisitive, la question de savoir si l'étranger peut en réclamer le bénéfice a paru douteuse; nos anciens auteurs l'avaient discutée, et Pothier lui avait donné successivement deux solutions différentes : aujourd'hui cependant, presque tout le monde est d'accord pour admettre l'étranger à se prévaloir de la prescription. A l'appui de cette opinion, les uns font observer que, par cela seul que l'on reconnaît à l'étranger la faculté d'être propriétaire, il serait illogique de lui refuser le moyen de le devenir ou de prouver son droit, puisqu'après tout la prescription n'est autre chose que la présomption d'une cause antérieure d'acquisition. D'autres allèguent

[1] La jurisprudence persiste cependant à refuser aux armateurs étrangers la faculté d'abandon accordée par l'article 216 du Code de commerce. V. notamment Cass., 7 novembre 1904 (*Gazette des Tribunaux* du 9 novembre).

l'intérêt social, l'intérêt de la propriété, à laquelle la prescription vient assurer la stabilité, et font rentrer cette dernière dans ce qu'ils appellent le *statut réel*. A ces raisons dont nous n'entendons pas apprécier pour l'instant la valeur théorique, nous préférons l'argument que le silence de la loi nous fournit en faveur du droit de l'étranger, aussi bien au point de vue de la prescription acquisitive qu'au point de vue de la prescription extinctive.

Ce silence, le législateur de 1804 ne l'avait pas gardé relativement au droit de recueillir en France par voie de succession, de donation ou de legs; et par les articles 726 et 912 du Code civil, il en avait formellement exclu l'étranger non admis à la jouissance des droits civils par un traité diplomatique ou par une autorisation de domicile, renonçant ainsi, dans des vues de représailles, à la générosité peut-être irréfléchie de la Constituante.

Ce n'est qu'en 1819 que les Chambres de la Restauration, désireuses de rappeler en France les capitaux étrangers que le Code civil en avait bannis, ont effacé de nos lois ces incapacités, empruntées à l'ancien droit monarchique, et restitué aux facultés de recueillir par succession, donation ou legs, le caractère de *droits naturels*.

Successions, donations et legs. Loi du 14 juillet 1819. — La loi du 14 juillet 1819 *sur l'abolition des droits d'aubaine et de détraction*[1] abroge, dans son article 1er, les articles 726 et 912 du Code civil, et rend ainsi aux étrangers l'entière capacité de recevoir à titre gratuit sur le sol français; mais, pour empêcher que le droit de succéder qu'elle leur reconnaît ne puisse porter préjudice à leurs cohéritiers français, la loi nouvelle s'empresse d'apporter à ce droit une restriction importante.

Art. 2. — « Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront, sur les biens situés en France, une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus, *à quelque titre que ce soit*, en vertu des lois et coutumes locales ».

Ce texte suppose qu'une succession, comprenant des biens situés en

[1] L'intitulé de la loi de 1819 n'est pas exact, si l'on prend les mots *droit d'aubaine* dans leur sens restreint ordinaire. En effet, le Code civil n'avait pas rétabli le *droit d'aubaine* proprement dit, qui sous l'ancien régime empêchait l'aubain de *transmettre* (ci-dessus, p. 231); et de même le *droit de détraction* n'y est pas rappelé.

France et des biens situés à l'étranger, est dévolue à la fois à des héritiers étrangers et à des héritiers français, et, prévoyant l'exclusion possible de ces derniers des biens sis hors de nos frontières, il leur accorde, à titre de compensation, un droit de prélèvement sur les biens qui se trouvent en France.

Essayons de bien comprendre l'étendue et la portée de ce droit de prélèvement; et pour cela demandons-nous :

1° Quand il y a lieu à prélèvement;

2° Par quelles personnes le prélèvement peut être demandé;

3° Contre quelles personnes il peut être exercé;

4° Sur quels biens il s'opère;

5° Comment il s'effectue.

1° *Quand y a-t-il lieu à prélèvement?*

Il n'est pas douteux que le prélèvement ne s'applique à l'hypothèse où le cohéritier français est écarté du partage en pays étranger, *à cause de sa nationalité française.* A l'époque où la loi de 1819 fut votée, certaines législations étrangères, notamment la législation anglaise, refusaient encore aux Français le droit de succession, parce qu'ils étaient Français et n'avaient pas en conséquence le *sang héritable.* Une succession venant à s'ouvrir au profit de sujets anglais et de sujets français, sur des biens situés, partie en Angleterre, partie en France, il eût dès lors été trop généreux de permettre aux héritiers anglais de réclamer en France leur part entière et de prendre encore en Angleterre celle de leurs cohéritiers français. L'article 2 de la loi de 1819 a pour objet de prévenir une surprise semblable : le rapport présenté par Boissy-d'Anglas à la Chambre des pairs le constate d'une manière formelle.

Mais est-ce là la seule hypothèse où le droit de prélèvement puisse être appliqué? Ne faut-il pas l'admettre, dans le cas où le Français est écarté du partage des biens héréditaires sis à l'étranger, non pas à raison de sa qualité de Français, mais à raison des dispositions de la loi étrangère qui, abstraction faite de la nationalité du successible, règlent la dévolution autrement que le Code civil, ou encore à raison d'un acte émané de la volonté du *de cujus*, auquel la loi étrangère attribue une efficacité que la loi française lui refuse?

Reprenons chacune de ces deux hypothèses.

a) *Première hypothèse.*

Un individu meurt, laissant pour 100.000 francs d'immeubles en

France, pour 100.000 francs d'immeubles sur le sol italien, et comme héritiers son père, qui est Italien, et son frère qui est Français.

Aux termes de la loi française (C. civ., art. 749), le père a droit à un quart de la succession, le frère aux trois quarts.

Aux termes de la loi italienne (C. civ., art. 740), ils succèdent tous deux par moitié.

Un partage a lieu en Italie. Le père prend 50.000 francs sur les immeubles qui y sont situés et laisse à son cohéritier les 50.000 autres. Ce dernier pourra-t-il réclamer la totalité des biens situés en France, en se fondant sur ce que d'après la loi française les trois quarts de la succession doivent lui appartenir, et sur ce qu'il a été privé en Italie de 25.000 francs qui lui seraient revenus par application de cette loi?

Trois systèmes sont en présence.

Le premier tient l'affirmative d'une manière absolue; il s'appuie sur les termes de l'article 2 de la loi de 1819, qui autorise le prélèvement, *à quelque titre qu'ait eu lieu l'exclusion*, en vertu des lois et coutumes locales, et en outre sur l'*Exposé des motifs* de cette loi qui, après avoir rappelé que la dévolution héréditaire était réglée en France de différentes manières par les coutumes et aboutissait ainsi à des inégalités choquantes entre héritiers, ajoute : « Si l'on n'avait pas songé à y obvier, c'est parce qu'un Français gagnait ce que l'autre perdait, tandis qu'on ne peut pas avoir la même indifférence pour les avantages d'un étranger sur un Français[1]. »

Dans une deuxième opinion, on restreint à l'exclusion résultant de la nationalité du successible français l'exercice du droit de prélèvement reconnu à ce dernier par l'article 2 de la loi de 1819. Ce texte s'est proposé de remettre en vigueur les décrets de 1791, en abolissant les dernières incapacités successorales dont le Code civil de 1804 frappait l'étranger; et il a pris en même temps ses précautions contre l'application possible d'incapacités semblables à nos nationaux en pays étranger. Mais dès qu'il n'est plus question d'y soumettre le Français au droit d'aubaine, de lui faire de sa nationalité un grief et une cause d'exclusion, dès qu'on lui applique, comme aux étrangers eux-mêmes, la législation qui, suivant les principes du droit international privé qui seront déterminés plus loin, doit régir la succession, en un mot dès que l'égalité n'est pas rompue à son détriment, de quel

[1] Locré, *Législation civile*, t. X, p. 303.

droit viendrait-on la détruire à son profit sur le sol français, par l'attribution d'un privilège? Il y aurait là un empiètement injustifiable de la loi française sur le droit qui appartient à chaque souveraineté de régler la succession de ses nationaux.

L'article 2 de la loi de 1819 ne sanctionne pas une pareille usurpation. Il suppose une *exclusion* du Français : or, ce n'est pas être exclu que d'être traité comme les nationaux de l'État étranger. Les travaux préparatoires, en particulier le rapport de Boissy-d'Anglas, rendent un compte exact de la pensée du législateur; et cette pensée se dégage nettement d'une déclaration faite par le garde des sceaux, au cours de la discussion de la loi de 1819. A l'observation du comte Cornudet qui reprochait à l'article 2 d'enfreindre les traités reconnaissant le droit de succession des étrangers en France sur la base de la réciprocité, le ministre répondit que ces traités ne présentaient aucune disposition plus favorable aux étrangers que cet article. Or, pour que cette affirmation soit vraie, pour que les traités antérieurs de réciprocité aient été respectés par la législation nouvelle, il faut nécessairement admettre que cette dernière n'a visé que les exclusions résultant du droit d'aubaine, c'est-à-dire celles qui sont fondées sur la nationalité du successible. En effet, si le droit de prélèvement résultait également des autres causes d'exclusion, tenant au sexe, à l'âge, au degré de parenté, qui peuvent écarter un Français d'une succession hors de France, comme elles écarteraient un enfant du pays, l'étranger auquel le prélèvement serait opposé ne succéderait pas chez nous *à l'égal du Français*; pour lui il y aurait résurrection partielle du droit d'aubaine, et violation des traités qui l'abolissent en sa faveur; l'État dont il relève serait fondé à intervenir diplomatiquement.

Des deux systèmes qui viennent d'être exposés, nous repoussons le premier, comme aboutissant à une usurpation de la législation française sur le domaine réservé des lois étrangères, le second, comme manifestement contraire au texte de l'article 2; et, avec M. Bertauld, nous proposerons une doctrine intermédiaire qui nous paraît répondre à toutes les objections.

Suivant nous, lorsque s'ouvre une succession comprenant des biens situés en France et des biens situés à l'étranger, il faut, avant tout, rechercher suivant quelle législation cette succession doit être dévolue.

Si c'est à la loi étrangère qu'il appartient de régler la dévolution — et nous verrons qu'il doit en être ainsi, dans notre opinion, toutes

les fois que le *de cujus* est lui-même de nationalité étrangère — l'article 2 ne peut s'appliquer, parce que le législateur français n'a pas qualité pour corriger les effets d'une loi qui n'a pas excédé les bornes de sa souveraineté. Autrement, il dirait aux législateurs étrangers : « Je serai seul maître chez moi, et quand vous ne me laisserez pas maître chez vous, quand tout en accordant à mes nationaux ce que vous accordez aux vôtres, quand vous ferez prévaloir vos prescriptions sur les miennes, je dérogerai à mes propres prescriptions et je vous punirai, dans la personne de vos sujets, comme coupables de n'avoir pas abdiqué votre souveraineté [1] ».

Ou bien, au contraire, c'est par la loi française que la succession doit être régie ; et alors notre législateur peut à bon droit, sans usurpation, se préoccuper d'assurer à ses dispositions leur plein effet, en indemnisant les héritiers français du préjudice que leur causerait l'application indue d'une loi étrangère. L'article 2 de la loi de 1819 sera donc valablement invoqué. En vain objecterait-on une prétendue violation des traités internationaux assurant aux sujets étrangers sur le territoire français un droit de succession égal à celui des Français. La loi de 1819, acte de souveraineté intérieure, n'a porté aucune atteinte aux conventions antérieurement conclues par la France avec les autres Puissances sur la base de la réciprocité, et les nationaux de ces dernières ne tombent pas sous le coup de l'article 2 ; quant aux accords internationaux postérieurs à 1819 et ayant force de loi, ils ont pu régulièrement affranchir les ressortissants de certains États du droit de prélèvement, de même que les traités conclus avant 1819 pouvaient les soustraire à l'application des articles 726 et 912.

b) *Deuxième hypothèse.*

Un individu meurt, laissant pour 100.000 francs d'immeubles en France, pour 200.000 francs d'immeubles à l'étranger, dans un pays où la législation n'admet aucune réserve au profit des enfants, en Angleterre par exemple, et comme héritiers un fils français et un fils anglais, en faveur duquel il a disposé de la totalité de ses biens. Le fils déshérité pourra-t-il en s'appuyant d'une part sur l'article 913 du Code civil, qui attribue à chacun des deux enfants du *de cujus* une réserve d'un tiers, et sur l'article 2 de la loi de 1819, réclamer la totalité des biens situés en France, à raison de l'exclusion dont il est victime en pays étranger ?

[1] Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, p. 81.

Les mêmes dissidences apparaissent que dans l'hypothèse qui vient d'être examinée; et comme pour cette dernière, nous n'admettrons l'affirmative que dans le cas où c'est à la loi française qu'il appartient de déterminer le *quantum* de la réserve et de la quotité disponible.

Mais, de toute manière, l'article 2 de la loi de 1819 doit être soigneusement limité aux successions *ab intestat*, pour lesquelles il a été fait. Un Français ne saurait donc en réclamer le bénéfice, s'il se présente comme légataire ou comme donataire, et s'il allègue en cette qualité un préjudice à raison de l'application des lois étrangères aux biens compris dans sa donation ou dans son legs; il en serait ainsi, lors même que sa nationalité française aurait été la cause de ce préjudice.

2° *Par quelles personnes le prélèvement peut-il être demandé?*

Le droit de prélèvement est un *droit civil* : cela résulte des termes mêmes de l'article 2 de la loi de 1819, qui l'attribue seulement aux héritiers *français*. Il ne pourra donc être invoqué que par des Français ou, dans notre opinion tout au moins, par les étrangers admis à la jouissance des droits civils.

3° *Contre quelles personnes le prélèvement peut-il être exercé?*

L'article 2 suppose le concours de cohéritiers français et de *cohéritiers étrangers*, et c'est à l'encontre de ces derniers qu'il autorise le prélèvement. La jurisprudence va plus loin et admet que le prélèvement peut être exercé même contre un Français que la loi étrangère avantage aux dépens de son cohéritier, français comme lui : « La disposition de l'article 2, dit la Cour de cassation, est générale et absolue. Surtout elle ne comporte pas, avec la diversité des solutions qui lui est propre, la distinction proposée entre le cas où les héritiers français concourent avec les héritiers étrangers, et celui où il n'existe que des héritiers français concourant entre eux. Il en résulterait, en effet, que, tandis que par dérogation au droit commun, et uniquement pour favoriser l'héritier français, l'héritier étranger serait privé du bénéfice de la loi qui régit la transmission des biens, il arriverait d'un autre côté que cette même loi couvrirait, au contraire, de son immunité, en lui assurant tous les avantages, l'héritier français contre son cohéritier français, ce qui n'irait à rien moins qu'à la négation directe entre eux, et à l'occasion d'une succession française, du principe

même de l'égalité des partages. La loi de 1819, loin de déroger à ce principe, n'en peut être considérée que comme une application nouvelle et extensive[1] ».

La doctrine de la Cour de cassation est des plus contestables; la lettre de la loi de 1819, qui prévoit la vocation simultanée d'héritiers français et d'*héritiers étrangers*, la condamne, et son esprit ne lui est pas plus favorable. En effet, l'article 2 de cette loi doit s'expliquer par l'article 1er, qu'il complète. Or, l'article 1er proclame le droit de l'étranger à succéder en France; et l'article 2 n'a pour objet que de restreindre ce droit dans l'intérêt de ses cohéritiers français. La loi nouvelle demeure entièrement étrangère aux rapports mutuels des héritiers français, qui puisent dans le Code civil leur droit de succession. En d'autres termes, pour emprunter la formule d'un savant auteur, nous dirons que « pour qu'un héritier subisse le prélèvement dont parle la loi de 1819, il faut qu'il ait eu besoin, pour succéder, d'invoquer cette même loi ». L'argument que la Cour tire du principe de l'égalité des partages ne prouve rien. Cette égalité, qui se confond dans sa pensée avec l'ordre successoral consacré par le Code civil, conduirait à exclure toujours sur notre territoire l'application des lois étrangères relatives à la dévolution héréditaire, quelle que soit la nationalité du *de cujus*, et à soumettre en France tous les rapports entre héritiers à l'empire absolu de la loi territoriale française. Cette conséquence, disons-le tout de suite, est universellement repoussée.

Le prélèvement établi par la loi de 1819 ne pourra donc jamais être opposé à un héritier français; le droit de s'y soustraire constitue pour lui un *droit civil*, et les étrangers admis à domicile ou protégés par un traité diplomatique l'invoqueront valablement, ainsi que lui.

4° Sur quels biens le prélèvement sera-t-il opéré?

Lorsque la succession comprend des immeubles situés sur le sol français, le prélèvement s'exerce sans difficulté. Mais si les biens héréditaires qui se trouvent en France sont mobiliers en tout ou en partie, on peut soutenir qu'ils ne rentrent pas dans la dénomination générale de *biens situés en France*, employée par la loi de 1819. Les meubles, en effet, n'ont pas par eux-mêmes d'assiette fixe, de *situation*

[1] Cass. civ., 27 avril 1868 (D. P. 68. 1. 302).

propre; ils empruntent la situation du domicile de leur propriétaire; *mobilia ossibus personæ inhærent.* Et, lorsque ce domicile est à l'étranger, ils sont réputés, par l'effet d'une fiction légale, *situés* hors de nos frontières, quoique se trouvant en fait sur le territoire français.

Cependant nous estimons, avec la jurisprudence, que la loi de 1819, voyant dans le prélèvement un moyen de compenser le dommage qui résulte pour les sujets français de l'application du droit d'aubaine ou d'incapacités successorales établies en pays étranger, n'a fait aucune distinction entre les divers biens héréditaires, et qu'il suffit, pour que le prélèvement puisse être opéré, qu'*en fait* ces biens, meubles ou immeubles, se trouvent en France, au jour de l'ouverture de la succession. Cette solution ne rencontre pas d'obstacle sérieux, lorsqu'il s'agit de meubles, ayant une existence *corporelle* et un siége visible; mais les tribunaux n'hésitent pas à l'étendre même aux objets mobiliers *incorporels* (créances, rentes, titres d'actions ou d'obligations) laissés par le *de cujus*. Il est vrai que leur assiette légale est encore moins fixe et moins certaine que celle des meubles corporels; mais on se tire d'embarras en les réputant situés au lieu où le paiement peut être demandé, c'est-à-dire ordinairement au domicile du débiteur. La Cour de cassation ne s'en tient pas là, et, par un arrêt du 21 mars 1855 (D. P., 55. 1. 137), elle a admis que le prélèvement peut se faire même sur des créances payables à l'étranger, pourvu que le *de cujus* ait laissé en France les titres qui les constatent.

Mais, s'il n'existe ni biens immeubles ni objets mobiliers en France, ou si leur quotité est insuffisante pour couvrir le cohéritier français, ce dernier, lésé par l'application de la loi étrangère, pourra-t-il intenter une action personnelle contre le cohéritier étranger? La négative est commandée par le texte de l'article 2 de la loi de 1819, qui, autorisant un *prélèvement sur les biens situés en France*, n'ouvre au Français qu'une action purement *réelle*. L'article 1382 du Code civil ne peut être invoqué à l'appui de l'opinion contraire; car le préjudice éprouvé par le Français ne provient pas de la *faute* de son cohéritier étranger, mais uniquement de l'application d'une loi à laquelle ce dernier obéit sans l'avoir faite.

5° *Comment s'opère le prélèvement?*

On forme une masse collective de tous les biens laissés, soit en France, soit à l'étranger, par le *de cujus;* et sur cette masse, on cal-

cule la part totale qui revient à l'héritier français, d'après la législation qui régit la dévolution héréditaire. De la part ainsi déterminée on déduit les valeurs que le Français a été autorisé à recueillir à l'étranger; et le surplus, il le prend sur les biens qui se trouvent en France; mais ce prélèvement ne peut être exercé que sur la part revenant à l'étranger qui a profité hors de France de l'exclusion du Français; il n'est pas admis au détriment des héritiers étrangers qui n'ont obtenu dans leur pays qu'une part égale ou inférieure à celle qui leur aurait été attribuée, si leur cohéritier avait été étranger comme eux, au lieu d'être Français.

Tels sont les droits, soit de famille, soit patrimoniaux, que l'étranger peut en principe réclamer sur le territoire français. Il nous resterait, pour en avoir fini avec la condition qui lui est faite au point de vue du droit privé, à passer en revue les divers procédés par lesquels il les fera valoir en justice, à rechercher s'il n'existe sous ce rapport aucune différence entre le Français et l'étranger. Cette étude trouvera sa place dans le quatrième livre. Qu'il nous suffise de dire, quant à présent, que la loi prive l'étranger non admis à la jouissance des droits civils du bénéfice de la règle *actor sequitur forum rei* (C. civ., art. 14), qu'elle l'astreint à fournir la caution *judicatum solvi,* lorsqu'il plaide comme demandeur devant un tribunal français (C. civ., art. 16; C. pr. civ., art. 166), qu'elle lui refuse le bénéfice de la cession de biens (C. civ., art. 905), etc.

APPENDICE

De quelques étrangers privilégiés.

L'étranger dont nous venons d'esquisser la condition, sous le rapport du droit privé, est celui dont le droit commun forme la seule garantie, celui qui, en dehors de tout accord diplomatique, de toute concession gouvernementale, trouve dans la législation française les facultés les plus essentielles à la vie, en un mot *l'étranger ordinaire.*

En regard de cet étranger, il convient de placer ceux qui doivent, soit à un traité, soit à une autorisation de domicile, une situation plus avantageuse.

Section I. — *Traités diplomatiques.*

Il ne suffit pas en principe, pour que l'étranger soit admis au bénéfice des droits que la loi française réserve à nos nationaux, que la législation étrangère dont il relève reconnaisse l'entière capacité de ces derniers sur le sol qu'elle régit. Le système de la *réciprocité législative* ne reçoit que de rares applications en France, et c'est à la *réciprocité diplomatique* que le Code civil a donné la préférence. En effet, son article 11 subordonne pour l'étranger la jouissance des *droits civils*, et nous n'en sommes plus à rechercher quel sens il faut attribuer à ces mots, à l'existence d'un traité assurant aux Français dans la patrie de ce dernier un traitement égal.

Les droits civils, dont la jouissance est de droit commun refusée aux étrangers, étant aujourd'hui peu nombreux, il semble que les conventions destinées à rétablir l'égalité entre les nationaux et les sujets étrangers doivent être très rares. Et cependant innombrables sont les traités qui, en reconnaissant aux étrangers sur notre territoire, sous le nom générique de *traités d'amitié, de navigation et de commerce,* de *traités d'établissement*, de *conventions consulaires*, la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience, le droit de faire le commerce, celui de posséder des biens, l'exemption du service militaire en France, n'ajoutent rien aux droits que personne ne leur conteste et qu'ils invoqueraient valablement dans le silence des stipulations internationales.

Peut-être malgré tout ces traités ont-ils quelque utilité, si l'on songe qu'à leur défaut les droits les plus nécessaires à l'étranger seraient à la merci d'une réaction ou d'un soulèvement irréfléchi de l'opinion. « Ce qui va sans dire, répétait un diplomate célèbre, va encore mieux en le disant ». Et nul ne regrettera, en une matière aussi importante, un excès de précautions et de garanties qui ne peut que servir la cause de l'humanité.

Toutes les législations, d'ailleurs, ne sont pas aussi généreuses que la nôtre; et l'on comprend qu'il ait paru bon de désarmer leurs rigueurs à l'égard des Français, en accordant sur notre territoire à ceux qu'elles régissent, par un texte formel, des facultés que le droit commun ne leur refuse pas, il est vrai, mais dont nos nationaux émigrés ressentiront à l'étranger, par l'effet de la réciprocité convenue, le bienfaisant contre-coup.

Les conventions internationales signées par la France contiennent

certaines clauses dont l'objet est d'attribuer aux étrangers sur notre territoire quelques facultés d'ordre privé, que la loi ou la jurisprudence, interprète du droit commun, leur refusent à tort ou à raison.

Il en est ainsi notamment de divers droits patrimoniaux et du droit de succession.

La jurisprudence, d'accord avec la majorité des auteurs, dénie d'une manière générale à la femme et à l'incapable étrangers le droit d'hypothèque légale sur les immeubles du mari et du tuteur, situés en France ; mais elle fait une exception pour l'étranger qui peut invoquer à l'appui de sa prétention un traité diplomatique. Tels sont les Suisses, que protège le traité du 15 juin 1869, article 6 *in fine;* les Italiens auxquels, suivant l'opinion commune, le traité franco-sarde du 24 mars 1760, article 22, n'a pas cessé d'être applicable ; les Espagnols qui puisent dans les conventions consulaires du 7 janvier 1862 et du 6 février 1882, une capacité égale à celle de nos nationaux. Ainsi encore la Cour de Paris a jugé, le 13 août 1889 [1] que la femme ottomane est fondée à prétendre un droit d'hypothèque légale sur les biens que son mari possède en France, en vertu de la loi du 7 sépher 1284 (juin 1867), et du protocole du 9 juin 1868, ce dernier texte constituant un véritable traité de réciprocité et garantissant aux étrangers le droit d'hypothèque dans l'empire ottoman. Et le bénéfice de ces diverses conventions peut être valablement réclamé par les ressortissants des États ayant stipulé de la France, en termes généraux, le traitement de la nation la plus favorisée.

De même les traités ont étendu parfois d'une manière notable les *droits intellectuels* reconnus aux étrangers en France par le décret du 28 mars 1852, par la loi du 5 juillet 1844, par celle du 23 juin 1857, enfin par la loi du 26 novembre 1873, et les développements que nous avons consacrés à ces différents textes nous dispensent d'y revenir.

Un grand nombre de traités s'occupent de déterminer les droits successoraux qui peuvent être réclamés par les étrangers sur le territoire français. Avant la loi du 14 juillet 1819, l'importance de ces traités était extrême, puisque, en présence de l'article 726 du Code civil, c'était l'existence même du droit héréditaire de l'étranger, et non pas seulement son étendue qui était en jeu; mais aujour-

[1] *Journal du dr. int. pr.*, 1889, p. 818.

d'hui même ils n'ont pas perdu toute utilité, d'une part en prévoyant et en permettant de résoudre les conflits de lois si fréquents en cette matière, de l'autre en affranchissant certains étrangers de l'application de l'article 2 de la loi de 1819 et du droit de prélèvement que ce texte accorde à leur détriment aux cohéritiers français; c'est à ce dernier point de vue qu'il convient de nous limiter pour l'instant.

Il semble à première vue que le traité franco-suisse de 1869 ait voulu déroger à l'article 2 de la loi de 1819, dans l'intérêt des citoyens de la Confédération helvétique. Son article 5, § 2, s'exprime ainsi : « Si dans le cas de partage de successions auxquelles les étrangers sont appelés concurremment avec les nationaux, la législation de l'un des deux pays accorde à ces nationaux des droits et avantages particuliers sur les biens situés dans ce pays (*c'est bien l'hypothèse de la loi de* 1819), les ressortissants de l'autre pays pourront, dans les cas analogues, revendiquer de même les droits et avantages accordés par la législation de l'État auquel ils appartiennent ». Mais le protocole annexé au traité limite sensiblement la portée apparente de ce texte. Il y est dit en toutes lettres que l'article 5 n'a pas pour objet de soustraire les héritiers suisses à l'exercice du droit de prélèvement de leurs cohéritiers français sur notre territoire, mais seulement de leur permettre d'invoquer en France, dans les cas prévus par la loi de 1819, les droits analogues qui leur seraient attribués par leur loi nationale, et réciproquement.

En revanche, nous inclinons à penser que le privilège accordé par la loi française à ses ressortissants en concours avec des héritiers étrangers a été, sinon expressément, tout au moins implicitement, écarté par des traités qui, comme la convention franco-autrichienne du 11 décembre 1866, disposent que « les sujets des deux parties contractantes seront habiles à recevoir *de la même manière que les nationaux* les biens situés dans les autres pays qui leur seront dévolus à titre de donation, legs, testament, ou même *par succession ab intestat* » ; et que le bénéfice de cette disposition sera à bon droit invoqué par les nationaux des États ayant stipulé de la France d'une manière générale le traitement de la nation la plus favorisée; ce qui réduit quelque peu l'application et les inconvénients de l'article 2 de la loi de 1819.

Enfin, certaines conventions attribuent aux étrangers les droits et les garanties dont notre législation les dépouille, lorsqu'ils ont à faire

valoir une prétention ou à y défendre devant les juridictions françaises; nous y reviendrons plus tard.

Terminons par deux observations générales, communes à tous les traités qui viennent d'être signalés, et à tous les étrangers dont ils améliorent la condition.

1° L'étranger qui invoque l'article 11 du Code civil ne peut réclamer en France que des droits rigoureusement égaux à ceux qu'un Français, *de condition semblable*, pourrait réclamer sur le territoire du pays dont cet étranger relève par sa nationalité. Que, par exemple, un Français soit exclu sur le sol étranger, à raison de son sexe, de son âge, de sa profession, de l'exercice d'un droit civil que les traités accordent aux Français en général, on appliquera en France la même incapacité partielle aux ressortissants de l'État étranger, placés dans les mêmes conditions de sexe, d'âge ou de profession, encore que tous les autres en soient affranchis. C'est ce que l'on exprime en disant que *la réciprocité est exigée non seulement de nation à nation, mais même d'individu à individu.*

La jurisprudence a fait plusieurs applications de cette idée. C'est ainsi que, antérieurement à la loi de 1819, la Cour de cassation avait jugé, par arrêt du 24 août 1808, qu'un religieux étranger, frappé comme tel de mort civile par les lois de son pays, et par conséquent incapable de disposer au profit d'un Français, n'est pas admis à recueillir en France le bénéfice d'une disposition laissée par un Français, bien que la loi française n'attache pas la mort civile aux vœux religieux, par cette raison qu'il est conforme à la réciprocité écrite dans l'article 912 du Code civil, qu'un Français ne puisse pas plus disposer au profit d'un religieux étranger, que ce dernier ne le peut au profit d'un Français.

2° L'étranger ne peut, en se fondant sur la réciprocité diplomatique exigée par l'article 11, réclamer en France des *droits civils* plus étendus que ceux dont les Français y jouissent eux-mêmes; ses prétentions ont pour limite l'égalité de leurs conditions.

SECTION II. — *Admission à domicile.*

C. civ., art. 13 (rédaction de 1889) : « L'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France, y jouira de tous les *droits civils*. L'effet de l'autorisation cessera à l'expiration de cinq

années, si l'étranger ne demande pas la naturalisation, ou si la demande est rejetée ».

L'admission à domicile obtenue par l'étranger en vertu de ce texte a pour lui une double utilité : d'une part, elle prépare sa naturalisation, dont elle constitue le préliminaire ordinaire, mais non indispensable (C. civ., art. 8-5° [1]); de l'autre, elle lui permet d'arriver sur notre territoire, par une concession individuelle, mais pour cinq ans seulement, à la jouissance totale des droits civils, que le droit commun lui dénie et qui ne lui sont pas formellement attribués par les traités internationaux.

Nous limitant à ce dernier point de vue, nous rechercherons successivement :

1° Si l'étranger ne peut avoir en France un domicile légal, à moins d'une autorisation;

2° A quelles conditions l'article 13 subordonne son admission à domicile;

3° Quels sont les principaux effets de cette admission.

1° *L'étranger ne peut-il avoir en France de domicile légal, que dans les termes de l'article* 13 *du Code civil, c'est-à-dire à moins d'une autorisation?*

Deux systèmes se partagent les auteurs sur cette question si importante.

Le premier se refuse à voir dans la résidence de l'étranger non autorisé, si longue, si persistante qu'elle soit, un véritable domicile. « Notre loi, disait en ce sens M. l'avocat général Aubépin à la Cour de Paris [2], ne saurait attribuer aucun effet juridique à la constitution d'un domicile établi en dehors des conditions qu'elle-même a fixées. L'article 13 du Code civil est formel et sa disposition est rigoureuse : tout étranger qui veut établir son domicile en France est astreint à l'autorisation du Gouvernement. En dehors de cette attache de la puissance publique, il pourra constituer une résidence, jamais un domicile; il fera un acte qui sera destitué de toute force légale, et sur lequel il pourra baser des rapports de fait, jamais des rapports de droit ».

Ce système, qui est encore celui de la jurisprudence, revient à dire

[1] V. ci-dessus, p. 95.
[2] D. P. 1872. 2. 66.

que le droit d'avoir un domicile en France est un *droit civil*, qui ne peut appartenir à l'étranger qu'en vertu d'une concession gouvernementale. Il s'autorise d'une part des termes de l'article 13 et des paroles prononcées par le tribun Gary devant le Corps législatif[1], de l'autre de l'article 102 du Code civil qui, en définissant le domicile, ne s'occupe que du domicile des Français : « Le domicile *de tout Français*, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement[2]. »

Nous répondrons, avec les partisans d'un deuxième système, qui nous paraît plus conforme que le précédent à notre théorie sur la condition juridique des étrangers en France, que l'article 13, placé au titre *de la jouissance des droits civils*, a pour objet de déterminer, non pas dans quels cas et sous quelles conditions l'étranger pourra acquérir en France un domicile légal, mais de quelle manière il sera admis à la jouissance des droits civils. Ce texte assure à tout étranger *admis à domicile* la jouissance des droits civils, mais il ne dit nullement que l'étranger non autorisé, et par suite exclu du bénéfice des droits civils, est incapable d'avoir en France un domicile légal ; ce n'est donc pas là qu'il convient de chercher la solution de la difficulté.

Les travaux préparatoires ne sont pas si défavorables à ce système qu'on veut bien le dire, et le passage du discours du tribun Gary, qu'invoquent ses adversaires, y trouve une contradiction formelle.

Comme on proposait au Conseil d'État, dans la séance du 16 fructidor an IX, de fixer le domicile d'une personne *au lieu où elle exerce ses droits politiques*, Portalis fit remarquer que la rédaction proposée laisserait subsister toutes les difficultés en ce qui touche les filles, *les étrangers*, et les individus non inscrits au registre civique[3]. D'autre part, l'historique de l'article 13 lui-même ne nous donne-t-il

[1] « J'observe, sur l'article 13, qu'il n'y a eu aucune objection contre la disposition qui veut que l'étranger ne puisse établir son domicile en France, s'il n'y est autorisé par le Gouvernement, etc. » Locré, t. II, p. 343.

[2] Cependant, frappés des inconvénients que présente ce système, la plupart des auteurs qui le défendent et de nombreux arrêts admettent que, à défaut de domicile *légal*, l'étranger peut avoir en France un domicile *de fait*, qui produit, notamment au point de vue de la compétence des tribunaux et de la signification des actes, ainsi que du lieu d'ouverture de la succession, les mêmes effets qui sont attachés par la loi au domicile du Français ; les deux systèmes arrivent ainsi presque à se confondre. V. Cass., 28 juillet 1902 (*Journal du dr. int. pr.*, 1903, p. 325).

[3] Fenet, t. VIII, p. 326.

pas la pensée de ses rédacteurs? Ce projet était ainsi conçu : « L'étranger qui aura fait la déclaration de vouloir se fixer en France pour y devenir citoyen, et qui aura résidé un an depuis cette déclaration, y jouira de la plénitude des droits civils ». Le but de la disposition proposée était de faciliter et de rendre moins pénible à l'étranger l'accomplissement des conditions prescrites par la Constitution de l'an VIII, pour l'acquisition de la nationalité française, à savoir une résidence de dix années consécutives sur le sol français, venant se joindre à une déclaration préalable de volonté. Sur le désir exprimé par le Premier consul, l'article fut ainsi modifié : « L'étranger qui aura été admis à faire en France la déclaration de vouloir devenir citoyen, et qui aura résidé un an depuis cette déclaration, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider ». Dans ce texte qui, sauf la disposition relative au délai d'un an et la substitution de l'autorisation gouvernementale à la déclaration d'intention, est identique à l'article 13 actuel, apparaît la préoccupation unique du législateur d'affranchir le candidat à la naturalisation des rigueurs du droit commun, de lui rendre le stage supportable par la concession des droits civils, mais il n'est pas question de subordonner pour lui à cette concession l'acquisition d'un domicile véritable sur le sol français.

Reste l'article 102. Si cet article ne parle que du domicile du Français, c'est, d'une part, parce qu'il a en vue l'hypothèse la plus fréquente; de l'autre, parce que son but est de distinguer le *domicile politique*, dont il ne peut bien certainement être question pour l'étranger, du *domicile civil*. L'article 102 a moins pour objet de définir le domicile, de désigner les personnes qui peuvent avoir un domicile que d'indiquer l'endroit où il se trouve; et les éléments de fait qui concourent à le former, c'est-à-dire une habitation réelle dans un lieu, jointe à l'intention d'y fixer son principal établissement (C. civ., art. 103), peuvent aussi bien se rencontrer chez l'étranger que chez le national.

Objectera-t-on qu'en plaçant le domicile au lieu du principal établissement, le législateur exige, chez le domicilié, une absence d'esprit de retour, qui ne peut être présumée chez l'étranger demeuré étranger, et n'ayant demandé aucune autorisation au Gouvernement français? Mais l'absence d'esprit de retour n'est pas un des éléments essentiels du domicile. Le mineur domicilié jusqu'à sa majorité chez son tuteur, le domestique domicilié chez le maître qui emploie habituel-

lement ses services, n'abdiquent pas toute pensée de retour à leur domicile d'origine. Rien n'empêche une personne d'avoir à un moment donné son *principal établissement* dans un endroit où elle n'entend pas se fixer à perpétuelle demeure. Et c'est pourquoi nous admettons aussi le Français à établir son *domicile* en pays étranger, encore qu'il n'ait pas quitté la France sans esprit de retour.

Un dernier argument est fourni à notre thèse par la loi du 23 août 1871 sur l'enregistrement, dont l'article 4 soumet « aux droits de mutation par décès les fonds publics, actions, obligations, etc., dépendant de la succession d'un étranger *domicilié en France*, avec ou *sans autorisation* », reconnaissant ainsi que l'autorisation gouvernementale n'est pas pour l'étranger en France une condition indispensable du domicile.

Nous concluons donc que l'étranger, même non autorisé, peut avoir sur le sol français un domicile légal, dans les termes de l'article 102 du Code civil, comme il le pouvait déjà dans le dernier état de notre ancien droit.

2° *A quelles conditions l'article* 13 *du Code civil subordonne-t-il l'admission à domicile d'un étranger?*

L'étranger, désireux d'obtenir la jouissance des droits civils sur notre territoire, doit satisfaire à une double condition : *a*) avoir été autorisé par un décret du Chef de l'État à fixer son domicile en France ; *b*) avoir effectivement établi sa résidence sur le sol français.

a) Première condition.

L'étranger qui sollicite son admission à domicile, doit adresser au garde des Sceaux une requête sur papier timbré et y joindre d'une part un extrait traduit et dûment légalisé de son acte de naissance, et un extrait de son casier judiciaire et de celui de son père ; de l'autre la soumission d'acquitter les droits de sceau, qui s'élèvent à 175 fr. 25. Une enquête administrative, à laquelle il est procédé, à Paris par le préfet de police, ailleurs par le préfet du département, fait la lumière sur la moralité et sur les moyens d'existence du postulant ; et c'est au vu des résultats de cette enquête que le ministre de la justice propose au chef de l'État, s'il y a lieu, d'autoriser par décret l'étranger à fixer son domicile en France. Cette autorisation est révocable.

b) Deuxième condition.

L'étranger admis à domicile doit avoir *effectivement* établi sa rési-

dence sur notre territoire. Une habitation fictive ou passagère ne saurait suffire; aussi à toute interruption de quelque durée dans cette résidence vient correspondre une interruption dans les effets de l'autorisation, c'est-à-dire dans la jouissance des droits civils. Et le décret d'autorisation non suivi d'un transfert de résidence sur le sol français n'exercerait aucune influence sur la capacité de l'étranger.

3° *Quels sont les principaux effets de l'admission à domicile?*

Tous les droits privés que la loi française enlève expressément à l'étranger ordinaire, aussi bien que ceux dont la jurisprudence, par une interprétation souvent excessive, lui dénie l'exercice, peuvent être réclamés en France par l'étranger admis à domicile. C'est à juste titre qu'il invoquera tous les attributs, quels qu'ils soient, de la puissance paternelle; rien ne l'empêchera d'y gérer la tutelle de ses parents ou alliés, d'y adopter ou d'y être adopté, de se prévaloir d'une hypothèque légale, de participer aux coupes affouagères. De même, avant la loi du 14 juillet 1819, l'étranger autorisé à fixer son domicile en France ne tombait pas sous le coup des articles 726 et 912 du Code civil; et l'article 2 de cette loi qui accorde un droit de prélèvement à l'héritier français en concours avec un étranger ne pourrait, dans notre opinion, lui être opposé; bien au contraire, nous pensons qu'il serait lui-même reçu à l'invoquer à l'encontre d'un cohéritier étranger non admis à domicile.

Enfin, ainsi que nous le verrons ci-dessous, les privilèges de compétence et de procédure que la loi et la jurisprudence reconnaissent aux Français, ainsi que le bénéfice de la cession des biens, sont compris dans la concession qui résulte pour l'étranger de l'autorisation de domicile.

De toute manière l'admission à domicile ne rétroagit pas; ses effets se restreignent à l'avenir.

C'est un point encore débattu que celui de savoir si l'étranger autorisé à fixer son domicile en France relève désormais, même en ce qui touche son état et sa capacité, de la loi française, ou s'il continue à être régi par sa législation nationale. Nous adopterons cette dernière solution dans notre livre troisième, où il sera traité du *Conflit des lois*.

CHAPITRE III

DES PERSONNES MORALES ÉTRANGÈRES DANS LE DROIT FRANÇAIS ACTUEL.

Sommaire.

TITRE I

Des personnes morales étrangères en général.

SECTION I. — *De la formation des personnes morales; de leur nationalité.*

Jusqu'ici nous n'avons envisagé, sous le nom de *personne*, que l'homme, considéré soit dans la nation, soit dans la famille dont il est membre. En lui reconnaissant certains droits, en le soumettant à certaines obligations, le législateur ne fait que déduire les conséquences nécessaires de sa nature humaine; sa mission se borne à constater, à réglementer un fait indépendant de son intervention, le fait de l'existence.

Mais à côté de l'homme, dont l'individualité s'impose à la loi et la

domine, apparaissent certains êtres qui, bien que dépourvus de réalité physique, sont réputés, au regard de la loi, capables d'avoir des intérêts, des droits, des obligations. Ces êtres fictifs portent le nom de *personnes morales*, ou de *personnes civiles*, et on les oppose à l'homme, *personne physique* ou *naturelle*.

A quelle utilité vient répondre l'institution des personnes morales? Ainsi qu'il est facile de s'en convaincre, en embrassant d'un rapide coup d'œil les personnes morales si nombreuses, que reconnaît la loi française, leur création repose toujours sur l'utilité générale. Ou bien, en effet, comme l'État, comme les Universités, comme les Facultés, elles sont le représentant et l'organe d'un intérêt national; ou bien, comme certaines associations charitables, elles poursuivent un but de moralisation et de bienfaisance, auquel l'État ne peut demeurer indifférent; ou bien encore, comme les associations syndicales, comme les sociétés de commerce, elles groupent une collection d'intérêts individuels qui, à raison de leur importance, de l'influence qu'ils exercent sur le développement de l'agriculture et de la richesse publique, méritent une protection toute particulière. C'est donc l'intérêt général que nous voyons présider à la naissance de toute personne morale.

Mais à quelle autorité appartient-il de discerner si cet intérêt existe et par suite de donner la vie juridique à une personne morale?

L'État, régulièrement constitué suivant les règles du droit international public, est de plein droit et par lui-même revêtu de la personnalité; c'est la *personne nécessaire*. En effet, il centralise et résume dans son unité tous les intérêts généraux du pays; il est chargé d'assurer à chacun de ceux qui habitent son territoire les droits et les garanties que réclame le libre exercice de ses facultés. Cette mission, il ne peut utilement la remplir que s'il a lui-même certains droits à opposer à ceux de ses ressortissants, et pour qu'il ait des droits à faire valoir, *il faut* qu'il soit une personne. Par cela seul qu'il est, il est une personne.

C'est de l'État que toute personne morale tient son existence et ses droits; la reconnaissance expresse ou tacite de la puissance publique est indispensable à sa formation. « L'individu ne peut créer des fictions, ni partant des êtres fictifs. Ce pouvoir n'appartient qu'à la loi[1] ».

[1] Dumoulin, *Coutume de Paris*, Des fiefs, titre I, § 1, n° 40.

L'idée à laquelle répond la création d'une personne morale est de tous les pays. Dès lors, dans tous les pays, nous trouvons, comme en France, la personnalité civile conférée par la puissance publique à certaines unités politiques, administratives ou religieuses, à certains établissements scientifiques ou charitables, à certaines sociétés commerciales. Et partout nous voyons ces différentes personnes emprunter la nationalité du législateur dont elles ont reçu l'existence. Les personnes morales créées par la loi française sont elles-mêmes *françaises*. Sont au contraire *étrangères* les personnes morales à la naissance desquelles est intervenu un législateur étranger.

SECTION II. — *De la condition juridique des personnes morales étrangères.*

De ce que la personne morale n'existe pas par elle-même et procède d'une création législative, il faut conclure qu'elle ne participe pas, comme les personnes physiques, au bénéfice du droit naturel, et que la loi est maîtresse absolue de réglementer, d'étendre ou de restreindre les droits et la capacité qu'elle lui attribue. Tout droit est pour la personne morale une concession du législateur, et comme elle existe en vue d'un but déterminé, elle devra en principe être revêtue de tous les droits nécessaires à la réalisation de ce but, mais de ceux-là seulement. Ces droits — est-il besoin de le dire? — seront, à part quelques droits publics, exclusivement patrimoniaux, car il ne peut être question en cette matière de droits politiques, de droits et de relations de famille. C'est ainsi que la personne morale pourra être propriétaire, créancière, débitrice, sur le territoire de l'État qui l'a créée, et, comme sanction de ces droits et de ces obligations, ce dernier lui reconnaîtra la faculté d'ester en justice, soit comme demanderesse, soit en défendant.

La loi française prend d'ailleurs grand soin de marquer la différence qui sépare les personnes physiques des personnes morales, en soumettant la gestion du patrimoine de ces dernières à certaines règles restrictives, qui sont inspirées soit par des considérations économiques, soit par une idée de tutelle administrative (C. civ., art. 537, 910, 1712, 2045; Décret du 4 février 1901).

Les droits que notre législation reconnaît aux personnes morales seront-ils valablement invoqués en France par une personne morale de création étrangère, et hors de France par une personne morale française?

La solution que ce problème comporte dépend de celle qui sera donnée à la question de savoir si une personne morale étrangère a par elle-même une existence juridique en dehors des frontières du pays où elle a été organisée.

Sur ce dernier point, nous avons le regret de nous séparer de la grande majorité des auteurs. Nous croyons que la personne fictive créée hors de France n'existe chez nous qu'en vertu de la reconnaissance expresse ou tacite qui lui est donnée par le législateur français, et qu'en dehors de cette reconnaissance, elle n'a en principe aucun droit à faire valoir devant nos tribunaux. La loi qui lui a donné la vie n'a aucune autorité au delà des limites du pays qu'elle régit. L'intérêt auquel cette loi s'est proposé de pourvoir par sa création est un intérêt purement national; et il ne peut en être autrement, car elle n'a pas qualité pour parler au nom des intérêts du monde entier.

Il existe donc une différence importante entre les personnes physiques et les personnes morales étrangères. Les unes, par cela seul qu'elles ont une existence réelle, qui se manifeste en tous lieux avec les mêmes caractères, jouissent de certaines facultés inhérentes à leur nature humaine; les autres, n'ayant qu'une existence fictive, locale et précaire, n'ont d'autres droits que ceux que leur confère la reconnaissance du législateur français, sans laquelle elles ne seraient pas sur notre territoire. Et c'est bien là l'idée que nous trouvons exprimée dans un arrêt de rejet rendu le 1er août 1860 par la Cour de cassation, à propos d'une société anonyme : « La société anonyme n'est qu'une fiction de la loi; elle n'existe que par la loi et elle n'a d'autres droits que ceux que la loi lui confère. Or la loi, émanation de la souveraineté, n'a d'empire que dans les limites du territoire sur lequel cette souveraineté s'exerce. Donc la société anonyme étrangère, quoique régulièrement constituée dans le pays où elle s'est formée, ne peut avoir d'existence en France que par l'effet de la loi française et en se soumettant à ses prescriptions[1]. »

Ce n'est pas à dire évidemment qu'une personne morale soit toujours et nécessairement réputée n'exister que là où elle est née et qu'ailleurs, tout droit, toute capacité *doive* lui être refusée. Il appartient à l'État sur le territoire duquel cette personne prétend exercer ses facultés, de la repousser, de l'exclure; mais, dès qu'il consent à

[1] D. P. 1860. 1. 144.

la *reconnaître*, elle se trouve placée dans ses rapports avec lui dans la même situation, sur la même ligne que les personnes physiques de même nationalité. Aucune forme d'ailleurs n'est prescrite pour cette reconnaissance. Elle peut être expresse, lorsqu'elle se présente sous l'aspect d'une loi ou d'un décret d'autorisation émané de la puissance publique locale; elle peut être collective, lorsque le décret ou le traité international d'où elle résulte s'applique à une classe plus ou moins nombreuse de personnes morales.

Enfin, de l'avis général, un État étranger est de plein droit reconnu comme personne juridique capable, dès que l'État sur le territoire duquel il invoque sa capacité a reconnu officiellement son existence politique et entretient avec le Gouvernement qui le représente des rapports diplomatiques.

Et l'on admet en général que le bénéfice de cette reconnaissance s'étend aux départements, aux communes, en un mot aux circonscriptions administratives qui vivent de la vie de l'État étranger, et qui se confondent en réalité avec lui. En effet, il n'est pas de pays où l'on ne rencontre des divisions et des organes analogues, et l'on peut dire dans une certaine mesure que les départements, que les communes constituent, comme l'État lui-même, des *personnes civiles nécessaires*, n'ayant pas besoin, pour exercer leurs droits à l'étranger, d'une habilitation individuelle et directe. Mais les autres établissements publics, les institutions scientifiques ou charitables qu'il plaît à cet État de créer sont dans une situation toute différente; leur création répond à des nécessités contingentes et arbitraires; ils sont à vrai dire distincts de l'État, et la reconnaissance dont celui-ci a été l'objet n'implique nullement la leur.

Mais quels droits une personne morale étrangère, légalement existante en France, sera-t-elle admise à y exercer? En principe, tous ceux que la loi attribue aux personnes morales françaises de même nature, pourvu qu'ils ne rentrent pas dans la catégorie des *droits civils* réservés à nos nationaux et que leur loi d'origine les reconnaisse, pourvu aussi que la législation locale n'ait pas cru devoir, par mesure de précaution spéciale, leur en refuser l'exercice ou tout au moins le restreindre.

Empressons-nous de dire que la loi française ne connaît pas de semblables rigueurs.

Vainement prétendrait-on établir une distinction entre l'État étranger

et les autres personnes morales étrangères et voudrait-on soutenir que la reconnaissance diplomatique dont cet État a été l'objet est étrangère au domaine des intérêts privés. « Cette doctrine, a dit très justement l'illustre professeur Laurent, pèche par excès de subtilité : elle sépare et distingue dans l'État deux qualités qui sont inséparables et que, dans la réalité des choses, on ne distingue point : l'État comme corps diplomatique et l'État comme personne civile. L'État est un et non pas double. Du moment qu'il est reconnu comme corps politique et qu'il figure comme tel dans les traités, il existe..... Il faudrait donc, outre les traités qui le reconnaissent comme puissance indépendante, de nouveaux traités qui le reconnaissent à titre de personne juridique. Cela ne se fait point; cela ne s'est jamais fait. N'en faut-il pas conclure que, d'après le droit des gens, un État reconnu a une personnalité complète, politique et civile, qu'il a capacité de signer des contrats privés aussi bien que des conventions diplomatiques? Le droit public domine ici le droit privé. Il serait absurde que la Belgique pût acquérir une province par un traité et que l'État belge ne pût acquérir à Paris un hôtel pour son ambassadeur »[1].

Au surplus, la pratique est constante. Divers États étrangers ont pu acquérir des immeubles en France, sans que personne ait songé à leur objecter la prétendue mort civile dont ils seraient frappés. Faut-il rappeler que l'Allemagne, l'Angleterre, la Russie et l'Autriche sont propriétaires à Paris des hôtels habités par leurs ambassadeurs, que l'église russe de la rue Daru, que la chapelle roumaine de la rue Jean-de-Beauvais et d'autres encore appartiennent à leurs Gouvernements respectifs.

Et puis, si les États étrangers étaient, à raison même de leur qualité, incapables de posséder des biens en France, on ne s'expliquerait pas que, pour leur refuser les successions en déshérence de leurs nationaux et pour les attribuer à l'État français, la jurisprudence de nos tribunaux ait besoin d'invoquer le caractère particulier, le caractère d'ordre public du droit qui appartient au fisc sur les biens, même mo-

[1] *Droit civil international*, t. IV, p. 251. La question de l'aptitude des États étrangers à recueillir le bénéfice d'un legs ou d'une donation a été soulevée dans les rapports de la Roumanie et de la Grèce par la célèbre affaire Zappa. V. sur cette affaire, qui avait occasionné la rupture des relations diplomatiques entre les deux pays, Arthur Desjardins dans le *Journ. de dr. int. pr.*, 1893, p. 1009; et les consultations délibérées par M. Lainé et par nous-même dans les *Archives diplomatiques*, t. XLVIII, p. 127 et s.

biliers, laissés en déshérence par un étranger sur notre territoire, et ne se contente pas de viser l'incapacité successorale de l'État dont cet étranger relevait de son vivant.

Enfin les incapacités sont de droit étroit et ne peuvent résulter que d'une disposition formelle de la loi; or la loi du 14 juillet 1819, en restituant aux étrangers la capacité de recevoir et de succéder n'a pas exclu de cette capacité nouvelle les États étrangers; c'est assez dire qu'ils sont en droit de la réclamer.

Rien n'empêche donc la personne morale étrangère, quelle qu'elle soit, de posséder, d'acquérir des droits patrimoniaux réels ou intellectuels, d'être créancière ou débitrice en France; mais, en revanche, les privilèges accordés par les articles 14 et 16 du Code civil aux plaideurs français lui sont refusés, comme aux autres étrangers, et peuvent être invoqués contre elle, à moins qu'un traité diplomatique ne lui en ait conféré la jouissance; et, en décidant par son avis du 12 janvier 1854, que la loi du 14 juillet 1819 a rendu, sous certaines conditions, la capacité de recevoir à titre gratuit aussi bien aux personnes civiles qu'aux personnes physiques étrangères, le Conseil d'État a par cela même reconnu qu'avant cette loi les articles 726 et 912 du Code civil les constituaient incapables de recueillir le bénéfice d'une succession, d'un legs ou d'une donation.

Toutefois, si les personnes morales étrangères reconnues en France ont, dans le silence de la loi, les mêmes droits et la même capacité que les personnes similaires dont la nationalité est française, ces droits et cette capacité ne sauraient être plus étendus; aux unes comme aux autres s'applique la règle écrite dans l'article 910 du Code civil, suivant lequel « les dispositions entre-vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune ou d'*établissements d'utilité publique*, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret du Chef de l'État[1] ». La nécessité de l'autorisation gouvernementale exigée par ce texte se justifie, d'une part, par le danger qui résulterait pour notre pays et pour ses institutions de l'augmentation indéfinie et sans contrôle des biens de mainmorte, de l'autre, par le devoir de protection qui incombe à l'État vis-à-vis de familles dignes d'intérêt, qu'un sentiment philanthropique ou religieux, respectable mais excessif, ou encore une vanité coupable viendrait à dépouiller au profit d'établissements déjà riches; or ces raisons d'ordre public sont plus pres-

[1] Cf. le décret du 4 février 1901.

santes encore, lorsque le bénéficiaire de la libéralité est un établissement étranger, lorsque cette libéralité ne doit pas profiter à la France. L'avis du Conseil d'État de 1854 est formel en ce sens.

Mais l'État étranger, appelé à recueillir en France le bénéfice d'un legs ou d'une donation, sera-t-il tenu de satisfaire à la condition exprimée par l'article 910 du Code civil? devra-t-il se munir et justifier de l'autorisation du Gouvernement français? Notre savant collègue M. Lainé se prononce en faveur de l'affirmative : « L'article 910, dit-il, n'est que l'expression, à l'égard de certaines personnes morales, d'un principe, à savoir que l'État n'entend pas laisser aux personnes morales pleine liberté d'acquérir à titre gratuit. Le principe, consacré formellement pour les unes s'étend implicitement aux autres. Il me paraît impossible d'admettre que l'État français, en réservant son droit de souveraineté envers de simples établissements d'utilité publique, ait entendu abdiquer à l'égard des États étrangers[1] ».

Cette théorie ne nous paraît pas admissible. Que l'article 910 du Code civil s'applique aux établissements d'utilité publique et aux établissements publics étrangers, comme il s'applique aux établissements français, cela, nous le répétons, n'est pas douteux. Mais l'État étranger n'est ni un *établissement public* ni un *établissement d'utilité publique*, selon cet article.

Qu'est-ce en effet qu'un établissement d'utilité publique, au sens légal du mot? Une institution procédant de l'*initiative privée*, s'administrant elle-même, à laquelle les pouvoirs publics ont, à raison des services d'ordre moral, intellectuel ou charitable, qu'elle rend, reconnu ce caractère : telles les sociétés de secours mutuels, certaines sociétés artistiques, les caisses d'épargne elles-mêmes.

Qu'est-ce qu'un établissement public? Les auteurs les plus considérables qui ont écrit sur le droit administratif vont nous le dire : « Les établissements publics, enseigne M. Ducrocq[2], font partie intégrante de l'organisation administrative de la France, ou se rattachent à certaines parties de cette organisation de la façon la plus intime ». La même doctrine est professée par M. Batbie[3] : « L'établissement public se rattache d'une manière plus ou moins étroite à l'administration générale, départementale ou communale; il est créé pour assurer ou faciliter un service public, service auquel il faut pourvoir par des

[1] Lainé, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1893, p. 302.

[2] *Cours de droit administratif*, 6e éd., t. II, n° 1333.

[3] *Traité de droit public et administratif*, 2e éd., t. V, p. 3.

institutions administratives, générales ou spéciales ». Enfin M. Léon Aucoc définit à son tour l'établissement public, en disant que « dans la langue spéciale du droit administratif, ce mot indique une personne civile, ayant une existence distincte et des ressources propres, créée pour la gestion d'un service public[1] »; et plus loin, il ajoute que « le caractère d'établissement public dérive de la loi même qui organise les services publics et dispose que les administrations chargées de tels services peuvent recueillir des ressources spéciales en vue de l'œuvre dont elles sont chargées[2] ». Ainsi, cé qui caractérise l'établissement public, c'est qu'il est créé par l'État, pour la gestion d'un service public se rattachant à l'administration, et qu'il fonctionne sous le contrôle et sous l'autorité de l'État. Au premier rang des établissements publics se placent la commune, le département, le diocèse.

De ces définitions qu'il était nécessaire de rappeler, il ressort clairement qu'un État étranger ne peut être considéré en France, ni comme un établissement d'utilité publique, ni comme un établissement public. Ce n'est pas un établissement d'utilité publique, car il ne procède pas de l'initiative privée; il ne poursuit pas parmi nous la réalisation de vue scientifiques ou charitables; ce n'est pas davantage un établissement public proprement dit, car il ne constitue pas un rouage de l'administration française. Et de là résultent deux conséquences importantes :

La première, que nous nous bornons à mentionner, est d'ordre fiscal. Les immeubles dont un État étranger se sera rendu acquéreur en France ne tomberont pas sous le coup de la *taxe de mainmorte* à laquelle l'article 1er de la loi du 20 février 1849 assujettit « les biens immeubles passibles de la contribution foncière, appartenant aux départements, communes, hospices, séminaires, fabriques, congrégations religieuses, consistoires, établissements de charité, bureaux de bienfaisance, sociétés anonymes et tous *établissements publics*, légalement autorisés ».

La seconde, c'est que l'autorisation à laquelle est soumise l'acceptation de toute libéralité faite soit à un établissement d'utilité publique, soit un établissement public (C. civ., art. 910), ne peut être exigée de l'État étranger appelé à recueillir en France le bénéfice d'un legs ou d'une donation.

[1] *Conférences sur le droit administratif*, t. I, n° 193.
[2] *Eod op.*, n° 300.

En droit, ce dernier point nous paraît certain. Mais, alors même qu'une interprétation ingénieusement extensive permettrait d'appliquer aux États étrangers la règle de l'article 910, la nécessité de l'autorisation gouvernementale serait, en législation pure, singulièrement difficile à admettre. Elle aurait peine à se concilier avec les droits souverains des États, avec les égards réciproques qu'ils se doivent. Quel ne serait pas l'embarras du Gouvernement auquel une semblable autorisation viendrait à être demandée? L'accorder, ce serait consacrer officiellement une prise de possession de son territoire par un État étranger, par un adversaire de demain peut-être, et en même temps, créer un précédent, dont il sera difficile de récuser l'autorité plus tard. La refuser, ce serait faire preuve de défiance et de mauvais vouloir, ce serait préparer des mesures de rétorsion; ce serait parfois soulever un incident diplomatique.

Le mieux est donc de s'en tenir au droit commun. Ne créons pas pour les États étrangers, ne leur étendons pas une incapacité que la loi n'a pas édictée pour eux; laissons-les acquérir librement même des immeubles sur le sol hospitalier de la France; l'expérience prouve qu'ils n'abuseront pas de cette liberté; et le jour où elle deviendrait dangereuse, remettons-nous-en aux pouvoirs publics du soin de la restreindre, en prenant telles mesures générales qu'ils jugeraient nécessaires.

Mais la capacité de recevoir et de succéder en France qui, selon nous, appartient à tout État étranger, sans le secours d'aucune autorisation gouvernementale ou administrative, le Saint-Siège est-il, à l'heure présente, dans les conditions voulues pour y prétendre? La question s'est posée il y a quelques années devant les tribunaux français; mais une transaction intervenue entre les parties n'a pas permis à la Chambre civile de la Cour de cassation de lui donner sa solution définitive; elle revient à se demander si la Papauté est aujourd'hui reconnue par la France comme une personne du droit des gens, comme un État. S'il en est ainsi, il ne faut pas hésiter à déclarer pleinement efficaces et valables par elles-mêmes les libéralités, même immobilières, qu'elle aurait reçues en France.

Nous ne nous proposons pas de traiter ici d'une manière complète et approfondie de la situation qui est faite au Saint-Siège dans les rapports internationaux, d'examiner si les divers éléments que l'existence d'un État suppose ordinairement réunis s'y rencontrent en fait

depuis que le patrimoine de Saint-Pierre a cessé d'exister, depuis que Rome est devenue la capitale de l'Italie; ce problème de droit international public a été souvent étudié. Nous devons nous placer au point de vue exclusif de la France et du Gouvernement français; or, à ce point de vue, il ne nous paraît pas possible, même dans les circonstances actuelles, de dénier au Saint-Siège la qualité d'État, au Pape la qualité de souverain.

La loi des garanties du 13 mai 1871 a reconnu au Saint-Père l'indépendance, l'inviolabilité, les prérogatives personnelles d'un souverain sur le sol italien; les attentats contre sa personne sont punis avec la même rigueur que les attentats dirigés contre le roi d'Italie lui-même; le droit de légation actif et passif lui appartient. Le Pape est donc regardé comme souverain par ceux-là mêmes qui l'ont dépouillé de ses États; il en partage les prérogatives avec le monarque qui a succédé à son pouvoir temporel; à ce titre, il peut acquérir, il peut posséder. Si telle est la situation, si tels sont les droits du Pape au sein de l'Italie unifiée, à plus forte raison sa souveraineté, et la personnalité morale qui en découle sont-elles demeurées intactes dans ses rapports avec le dehors, avec la France notamment.

Même depuis la rupture de nos relations diplomatiques avec le Vatican, le Pape n'a pas cessé d'être une puissance politique, un souverain au regard de la France; et ce souverain sans armée, sans royaume, peut réclamer parmi nous tous les droits, toutes les immunités auxquels les autres souverains peuvent prétendre, entre autres l'immunité de juridiction, et aussi la protection particulière que les lois sur la presse assurent aux Chefs d'État étrangers. Dès lors on ne voit pas pourquoi cette égalité qu'on reconnaît au Saint-Siège dans le domaine politique, on la lui refuserait dans la sphère des intérêts privés. Capable comme les autres États, comme les autres souverains, de négocier avec nous, il doit être aussi capable qu'ils le sont eux-mêmes d'acquérir, par donation ou par legs, des immeubles sur notre territoire, en dehors de toute autorisation du Gouvernement français.

Aussi ne pouvons-nous souscrire à la doctrine contenue dans le jugement du tribunal civil de Montdidier du 4 février 1892, qui, tout en proclamant la capacité de recueillir du Saint-Siège, en subordonne l'exercice à l'autorisation du Gouvernement français; et à plus forte raison repoussons-nous la thèse de la Cour d'Amiens qui, confondant la qualité de souverain du Saint-Père et celle de Chef spirituel de l'Église catholique, affirme que ces qualités sont indivisibles, que le

chef de l'Église étant incapable de recevoir comme tel, le souverain ne le peut pas davantage, même avec autorisation[1]. Ce sont là de pures allégations. En admettant que l'Église catholique n'ait pas, par elle-même, l'aptitude nécessaire pour posséder et pour acquérir en France, encore aurait-il fallu démontrer dans l'espèce, que c'est l'Église, et non pas le Saint-Siège, personne du droit international, que le disposant avait entendu gratifier. Or, pareille appréciation, quoi qu'en dise la Cour, était en contradiction absolue avec les termes mêmes du testament annulé; l'affectation donnée aux immeubles légués, qui devaient servir de résidence au nonce, représentant diplomatique de la Papauté à Paris, attestait avec évidence que c'est au Pape, souverain, et non au Pape, chef de la communion des fidèles, que la testatrice avait voulu laisser sa fortune.

Laissons maintenant ces données générales sur la condition juridique des personnes morales étrangères en France, et arrivons aux sociétés de commerce, dont l'importance, tous les jours plus grande, réclame des développements particuliers.

TITRE II

Des sociétés commerciales étrangères[2].

Section I. — *Considérations générales.*

La *société commerciale* est, au regard de la loi française, toute réunion de personnes ou de capitaux, ayant pour but d'accomplir des actes de commerce, c'est-à-dire, aux termes de l'article 632, § 2 du Code de commerce, « d'acheter des denrées et des marchandises pour les revendre »; et une tradition lointaine attribue à toutes les sociétés de commerce constituées en France une personnalité juridique, distincte de celle de leurs membres. Cette tradition a force de loi; d'ailleurs, elle se trouve confirmée par un certain nombre de dispositions légales qui, sans reconnaître expressément aux sociétés le caractère de personnes morales, leur attribuent certains droits qui l'impliquent.

[1] Amiens, 21 février 1893 (*Journal du dr. int. pr.*, 1893, p. 384).

[2] V. sur ce sujet, Lyon-Caen, *De la condition légale des sociétés étrangères en France et de leurs rapports avec leurs actionnaires, porteurs d'obligations et autres créanciers*, Paris, 1870.

L'article 19 du Code de commerce distingue trois espèces de sociétés commerciales :

a) La société en *nom collectif*, dans laquelle tous les associés, faisant le commerce sous une *raison sociale*, sont personnellement et solidairement tenus des dettes sociales (art. 20 et suiv.);

b) La société *anonyme*, société de capitaux, dans laquelle aucun des associés n'est personnellement obligé et ne peut être poursuivi pour une part supérieure à son apport (art. 29) ;

c) Enfin la société *en commandite*, soit *simple*, soit *par actions*, dans laquelle on trouve d'une part les *commandités* qui, comme les associés en nom collectif, répondent sur tous leurs biens des dettes sociales, de l'autre les commanditaires ou actionnaires qui encourent une responsabilité limitée à leurs apports (art. 23 et 38).

On peut ramener ces diverses sociétés à deux groupes : les *sociétés par intérêts*, fondées sur la considération de la personne des associés, sur leur crédit personnel, dans lesquelles les parts du capital social, souvent inégales, ne sont en principe pas cessibles, dans tous les cas pas négociables par les voies commerciales ; et les *sociétés par actions*, dans lesquelles l'*intuitus personæ* n'existe pas, et où l'*action*, étant impersonnelle, est toujours cessible et négociable. Les sociétés en nom collectif et en commandite simple sont des *sociétés par intérêts;* les sociétés anonymes et les commandites par actions sont des *sociétés par actions;* celles-ci conviennent particulièrement aux entreprises importantes qui nécessitent un appel au public et la souscription de capitaux considérables.

Toutes ces sociétés, dès qu'elles se sont formées sous l'égide de la loi française et qu'elles ont en France la qualité de personnes morales, peuvent y posséder, y être créancières ou débitrices, y ester en justice.

Mais le commerce est cosmopolite de sa nature et appartient au droit des gens; il existe donc de nombreuses sociétés constituées en dehors de l'action de nos lois, et ayant reçu d'un gouvernement étranger l'existence et la personnalité légale, en vue d'opérations commerciales.

Ces sociétés peuvent avoir des intérêts à faire valoir sur le territoire français. Seront-elles admises à réclamer à cet effet chez nous les droits patrimoniaux reconnus aux sociétés françaises, et celui de plaider devant nos tribunaux, qui en est la sanction? En d'autres termes, quelle est en France la condition juridique d'une société commerciale étrangère?

Est *étrangère* toute société formée avec l'assentiment exprès ou tacite d'un État étranger, qui, en lui donnant l'existence, lui communique en même temps sa nationalité. Rien n'est donc plus facile que de déterminer la nationalité d'une société, lorsque sa formation a été précédée d'une autorisation expresse d'un législateur ou d'un gouvernement étranger; mais aujourd'hui la liberté des sociétés commerciales tend à prévaloir de plus en plus dans les législations européennes, et en présence de l'autorisation générale, *in futurum*, que presque toutes accordent aux sociétés commerciales à naître, il est souvent malaisé de reconnaître à quel État telle ou telle société doit la personnalité civile, si elle est étrangère ou française.

S'attachera-t-on au lieu où l'acte de constitution a été dressé? Mais il est à craindre que, pour se soustraire aux obligations et aux formalités que nos lois imposent aux sociétés françaises, les associés aillent passer en pays étranger l'acte qui doit donner naissance à la société. Aussi la jurisprudence n'hésite-t-elle pas à refuser la qualification de sociétés étrangères à celles qui ne se sont constituées en pays étranger que pour éluder la rigueur des lois nationales.

Faudra-t-il considérer la nationalité de la majorité des associés ou l'importance relative des intérêts que Français et étrangers ont engagés dans les opérations sociales? Mais il y aurait là une source de difficultés pratiques inextricables et un préjudice souvent grave pour la minorité[1].

Le seul critérium auquel il nous soit permis d'attribuer quelque valeur en cette matière, c'est le lieu où la société a son principal établissement. Et par là nous entendons non pas, comme l'ont fait de nombreux arrêts, le siège administratif de la société, mais le centre effectif de son exploitation et de ses affaires : « Il ne faut pas que la nationalité d'une société se lie à des circonstances ou à des faits qui dépendent exclusivement de la volonté de l'homme, comme la fixation du centre de l'administration sociale. Autrement, les fondateurs pourraient à leur gré se soumettre ou échapper aux dispositions restrictives de la loi[2] ». La société a-t-elle pour objet la construction de chemins de fer en Russie, elle sera réputée de nationalité russe, encore que l'acte de société ait été dressé en France, que presque tous les

[1] V. cependant pour les sociétés propriétaires de navires l'avis du Conseil d'État du 5 avril 1887 (*Journal du dr. int. pr.*, 1887, p. 250).

[2] Lyon-Caen, dans le *Journal des sociétés*, 1880, p. 36.

associés soient Français, que le siège social et la direction générale des travaux soient établis à Paris[1].

Section II. — *De la personnification des sociétés étrangères en France.*

A quelles conditions la société commerciale étrangère, c'est-à-dire celle qui a été expressément reconnue par un Gouvernement étranger ou qui, sous un régime de liberté, a son principal établissement en pays étranger, sera-t-elle réputée existante en France, et par suite admise à y exercer ses droits?

Appliquant à cette société la règle générale que nous avons posée ci-dessus, nous lui refuserons toute existence et toute personnalité en France, à moins d'une autorisation du Gouvernement français. En effet, n'ayant aucune réalité physique, elle tient son individualité de la loi étrangère et disparaît là où l'action de cette loi s'arrête, c'est-à-dire aux frontières du pays qu'elle régit : au delà, nous n'avons plus que des associés qui, pris individuellement, ont en France tous les droits qui procèdent de leur nature humaine; mais la société, être moral, n'a plus d'existence, et une reconnaissance de l'autorité française peut seule la lui rendre.

Les conditions auxquelles cette reconnaissance est soumise en la forme varient, suivant qu'il s'agit de *sociétés par intérêts* ou de *sociétés par actions*.

Sociétés par intérêts. — En ce qui concerne les sociétés par intérêts, c'est-à-dire les sociétés en nom collectif et les commandites simples, la reconnaissance résulte, de l'aveu de tous, de la *coutume*, attestée par la pratique administrative et confirmée par la loi du 30 mai 1857.

D'une part en effet, une compagnie anglaise d'assurances contre l'incendie, autorisée par un bill du Parlement anglais, s'étant présentée, sous le nom de Compagnie du *Phénix*, pour assurer des bâtiments situés en France, elle fut repoussée à deux reprises, en 1815 et en 1820, par cette raison que le nom, sous lequel elle prétendait agir, lui donnait le caractère de société anonyme; mais le ministère de

[1] V. sur la nationalité des sociétés par actions, et sur les différents systèmes que sa détermination a fait éclore, Thaller, *Annales de dr. comm.*, 1890. 2. p. 257.

l'Intérieur n'hésita pas à déclarer que, si cette même compagnie, renonçant à son titre, se faisait connaître sur notre territoire par une *raison sociale* contenant des noms d'associés, rien ne s'opposerait à ce qu'elle pût faire des opérations en France, sans l'autorisation expresse du Gouvernement. Cela revient à dire qu'aucune autorisation expresse n'est requise pour les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, que pour elles la coutume vaut reconnaissance.

D'autre part, la loi du 30 mai 1857, en soumettant à la nécessité d'une autorisation formelle les sociétés anonymes étrangères et les autres associations commerciales, industrielles ou financières, autorisées en pays étranger, en a par cela même manifestement excepté les sociétés de commerce qui ne rentrent pas dans cette catégorie. Et le passage suivant du rapport fait au Corps législatif par M. Bertrand, au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi, suffit à éclairer la pensée de ses rédacteurs. « La loi laisse en dehors de son action les sociétés collectives, en commandite, ou autres, représentées par un ou plusieurs directeurs, gérants ou actionnaires responsables, dont elles portent le nom; elle s'applique particulièrement aux sociétés anonymes auxquelles, par un motif de prudence facile à justifier, on a joint les autres associations qui, sans être anonymes, sont néanmoins soumises à l'autorisation préalable comme intéressant l'ordre, la morale et la sécurité publics. *Quant aux autres sociétés, la loi que nous préparons ne saurait les atteindre*, et c'est en dehors d'elle qu'il faut chercher et trouver les moyens de réprimer les nombreux abus qu'elles peuvent commettre et que nous sommes les premiers à déplorer ».

Sociétés par actions. — La même coutume protège-t-elle les sociétés par actions régulièrement constituées à l'étranger? ces dernières peuvent-elles exercer leurs droits sur notre territoire, en dehors d'une autorisation formelle de l'État français? Pour répondre à cette question, nous examinerons successivement la situation qui est faite par la loi, par la jurisprudence et par les auteurs, soit aux sociétés anonymes, soit aux commandites par actions.

a) *Sociétés anonymes.*

Pour les sociétés anonymes, jusqu'en 1857, la jurisprudence et l'administration avaient admis des solutions différentes. Tandis qu'à maintes reprises, des décisions émanant, soit du ministre de l'Inté-

rieur, soit du ministre du Commerce, soit du garde des Sceaux, avaient contesté aux sociétés anonymes étrangères non autorisées en France, le droit d'y poursuivre leurs opérations, jamais les tribunaux français ne s'étaient déclarés incompétents pour connaître des instances introduites à leur diligence et leur avaient ainsi reconnu la personnalité juridique sur le sol français.

Cette jurisprudence était sujette à critique; elle se heurtait, en effet, à l'article 37 du Code de commerce, abrogé en 1867, qui s'exprimait ainsi : « La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue..... ». La nécessité de l'autorisation exigée pour les sociétés anonymes françaises se justifiait par cette raison que, les sociétés anonymes n'offrant d'autre sûreté qu'un capital souvent imaginaire ou mal garanti, il est bon de prémunir leurs actionnaires et leurs créanciers contre des surprises ruineuses, par un examen préalable des statuts et par une enquête administrative. Et cette autorisation, ramenée à une mesure de police préventive, est aussi utile et plus utile lorsqu'il s'agit d'une société étrangère que lorsqu'il s'agit d'une société française ; elle touche ainsi, sans aucun doute, à l'ordre public international.

Dès lors, soit que l'on reconnaisse à la personne morale constituée en pays étranger un statut personnel, semblable à celui qui accompagne en tous lieux la personne physique étrangère, soit qu'on la soumette toujours à l'application de la loi locale, la société anonyme étrangère ne pouvait se soustraire à la règle écrite dans l'article 37 du Code de commerce, qui est une disposition de police et de sûreté, obligatoire comme telle pour tous ceux qui habitent le territoire français, sans distinction de nationalité (C. civ., art. 3, § 1).

En vain faisait-on remarquer que la plupart des législations étrangères exigent une autorisation pour la constitution d'une société anonyme, et que cette autorisation accordée, le plus souvent après une enquête sérieuse, par le gouvernement local est de nature à donner toute sécurité aux intérêts de nos nationaux. La Cour de cassation de Belgique a victorieusement répondu à cette objection, par son arrêt du 8 février 1849, que « la puissance publique de Belgique est seule capable d'apprécier, au point de vue de l'ordre public et des intérêts belges, si une société anonyme est utile ou dangereuse; le gouvernement d'un pays étranger n'est aucunement en position de faire, au même point de vue, une semblable appréciation : d'où il suit que les

mêmes considérations d'ordre public et de haut intérêt national, qui ne permettent pas qu'une association, alors même qu'elle est formée en Belgique, puisse exister et exercer des droits comme société anonyme, s'opposent également à ce que l'autorisation accordée par le gouvernement d'un pays étranger pour former une société anonyme sorte ses effets en Belgique[1] ».

Cet arrêt de la Cour de cassation de Belgique, rompant avec sa jurisprudence antérieure[2] et avec celle des tribunaux français, produisit en France et en Belgique la plus vive émotion : en France, à cause des conséquences désastreuses que la doctrine qu'il consacre devait avoir pour notre commerce extérieur ; en Belgique, parce qu'il était naturel d'appréhender de la part de nos tribunaux un revirement destiné à frapper de représailles les sociétés anonymes belges.

Les réclamations formulées par les commerçants des deux pays aboutirent, et par un protocole annexé au traité de commerce franco-belge du 27 février 1854, le Gouvernement belge s'engagea à proposer aux Chambres un projet de loi, ayant pour objet d'autoriser les sociétés anonymes légalement constituées en France à exercer tous leurs droits en Belgique, et d'assurer en France aux sociétés belges un traitement réciproque.

La loi annoncée, *sur la réciprocité internationale en matière de sociétés anonymes*, ne se fit pas attendre ; elle porte la date du 14 mars 1855 et s'exprime ainsi :

« Article 1er. — Les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du Gouvernement français, et qui l'auront obtenue, pourront exercer leurs droits et ester en justice en Belgique, en se conformant aux lois du royaume, toutes les fois que les sociétés ou associations légalement établies en Belgique jouiront des mêmes droits en France.

. . . .

« Article 3. — Cette réciprocité sera constatée soit par les traités, soit par la production des lois ou actes propres à en établir l'existence ».

S'appuyant sur ce texte et sur la jurisprudence jusqu'alors constante des tribunaux français, les sociétés anonymes constituées en

[1] *Pasicrisie*, 1849. 1. 239.

[2] Cass., Belgique, 22 juillet 1847 (D. P. 1847. 2. 172).

France crurent que désormais rien ne s'opposerait à la reconnaissance de leur existence légale en Belgique ; elles se trompaient, car les tribunaux belges, alléguant que la jurisprudence française, étant sujette à variation, n'était pas pour la réciprocité exigée par la loi de 1855 une garantie suffisante, persistèrent dans la doctrine affirmée en 1849 par la Cour de cassation de Bruxelles.

C'est pour sortir de cette situation que le Gouvernement français proposa et fit voter une loi ayant pour objet de formuler *législativement* le principe déjà consacré par la pratique judiciaire.

Cette loi, promulguée le 30 mai 1857, contient deux articles :

« Article 1er. — Les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles et financières qui sont soumises à l'autorisation du Gouvernement belge et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'Empire ».

« Article 2. — Un décret impérial, rendu en Conseil d'État, peut appliquer à tous les autres pays le bénéfice de l'article premier ».

Le système de la loi de 1857 est des plus faciles à comprendre : d'une part cette loi reconnaît la personnalité juridique à toutes les sociétés légalement existantes en Belgique, par le fait d'une autorisation gouvernementale; de l'autre, elle permet au Gouvernement d'étendre par un décret collectif aux sociétés fonctionnant dans d'autres pays le bénéfice de cette disposition.

En fait, le Gouvernement français a très souvent usé de la faculté que lui laisse l'article 2 de la loi de 1857; et longue est la nomenclature des États dont les sociétés ont été autorisées à exercer leurs droits en France; voici les dates des décrets qui les concernent :

Turquie et Égypte. . .	Décret des 7-18 mai 1859.
Sardaigne	Décret du 8 septembre 1860.
Portugal	Décret du 27 février 1861.
Luxembourg.	Décret du 27 février 1861.
Suisse	Décret du 11 mai 1861.
Espagne	Décret du 5 août 1861.
Grèce.	Décret du 9 novembre 1861.
États Romains	Décret du 7 février 1862.
Pays-Bas.	Décret du 22 juillet 1863.
Russie	Décret du 25 février 1865.
Prusse	Décret du 19 décembre 1866.

Saxe	Décret du 23 mai 1868.
Autriche	Décret du 20 juin 1868.
Suède et Norvège. . . .	Décret du 14 juin 1872.
États-Unis.	Décret du 6 août 1882.

Remarquons d'ailleurs que, si le Gouvernement est libre de donner aux sociétés étrangères une autorisation collective en la forme d'un simple décret, rien ne l'empêche de recourir soit à un décret spécial rendu pour une ou plusieurs sociétés étrangères déterminées, soit encore à la procédure plus compliquée d'un traité international : c'est ainsi que la convention franco-anglaise du 30 avril 1862 a conféré d'une manière générale à toutes les sociétés constituées ou autorisées en Angleterre le droit d'agir en France. A vrai dire, il y avait dans l'espèce une raison particulière pour le Gouvernement français de préférer à un décret l'action diplomatique. La loi de 1857, en effet, ne lui permet de reconnaître que les sociétés dûment autorisées dans le pays où elles se sont formées; or, on trouve en Angleterre un grand nombre de *sociétés à responsabilité limitée* (*Joint stock companies limited*) qui, bien que se rapprochant beaucoup des sociétés anonymes en ce que leurs membres ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs apports, ne sont soumises à aucune autorisation du Gouvernement anglais. Ces sociétés ne pouvaient donc être habilitées par un simple décret sur notre territoire, et le traité de 1862, qui autorise toutes les sociétés anglaises sans distinguer entre les sociétés par intérêts et les sociétés par actions, avait une incontestable utilité.

On a cependant essayé de prétendre que les seules sociétés étrangères recevables à agir en France sont, depuis la loi de 1857, les sociétés *autorisées par décret ;* que notamment le traité de 1862 ne pouvait avoir d'autre effet que d'obliger le Gouvernement impérial à rendre en faveur des sociétés anglaises un décret d'autorisation; et la Cour de Rennes a jugé en ce sens, par arrêt du 26 juin 1862, qu'un tribunal français n'est pas fondé à connaître des poursuites dirigées par un de nos nationaux contre une société anglaise, cette dernière n'ayant pas reçu d'un *décret impérial* la personnalité civile sur notre territoire. La Cour de cassation a rejeté cette doctrine, et par un arrêt fortement motivé du 19 mai 1863[1], elle a cassé, dans l'intérêt de la loi, la décision de la Cour de Rennes, constatant ainsi que la loi

[1] D. P. 1863. 1. 218.

nouvelle n'a pu avoir pour effet de restreindre la prérogative constitutionnelle du chef de l'État, qui lui permettait, dès avant 1857, de faire des traités et que; seul, un sénatus-consulte aurait pu lui retirer.

Le principe est donc constant. Une société anonyme étrangère ne peut exercer ses droits en France que lorsqu'elle y a été autorisée soit par un décret rendu en Conseil d'État, soit par une convention internationale.

Mais, depuis la loi de 1857, l'évolution qui porte les législations commerciales de l'Europe vers la liberté de l'anonymat a profondément modifié, dans divers pays, la réglementation intérieure des sociétés anonymes, qui avait servi de base à ses premières applications.

En France, l'article 37 du Code de commerce, qui subordonnait à une autorisation préalable la constitution de toute société anonyme, a fait place à la liberté. L'article 21 de la loi du 24 juillet 1867, combiné avec l'article 66, affranchit en effet de l'autorisation les sociétés anonymes, ne participant pas de la nature des tontines ou des sociétés d'assurances sur la vie. Et des dispositions analogues ont été promulguées en Espagne, en Allemagne, en Belgique, en Hongrie, etc.

Ce mouvement législatif a-t-il exercé quelque influence sur l'application de la loi française de 1857?

D'excellents esprits l'ont soutenu, en se plaçant à un double point de vue.

1° On s'est demandé tout d'abord si la loi du 24 juillet 1867, en dispensant de toute autorisation préalable les sociétés anonymes constituées sur le territoire français, n'a pas par cela même entièrement abrogé la loi de 1857 et permis aux sociétés anonymes légalement formées à l'étranger d'exercer librement leurs droits en France, sans aucun décret d'autorisation. La question d'ailleurs ne présente d'intérêt que pour les sociétés autres que les tontines et les compagnies d'assurances sur la vie, ces dernières étant soumises en France, après comme avant 1867, à la nécessité d'une autorisation (L. de 1867, art. 66).

Une société anonyme, constituée dans un pays avec lequel la France n'a conclu aucun traité relatif à l'application de la loi de 1857, et ne pouvant d'autre part invoquer un décret d'autorisation, sera-t-elle aujourd'hui reçue à poursuivre ses opérations sur le sol français?

Les partisans de l'affirmative font observer que, si la loi de 1857

a imposé aux sociétés anonymes étrangères la nécessité d'une autorisation, elle s'est uniquement proposé de leur faire une situation égale à celle qui résultait pour les sociétés anonymes françaises de l'article 37 du Code de commerce. Or la législation nouvelle ayant rendu à ces dernières la liberté, il n'y a pas de raison pour maintenir les sociétés étrangères en tutelle et pour violer à leur détriment l'égalité que la loi de 1857 avait voulu établir. L'abrogation de l'article 37 du Code de commerce entraîne virtuellement celle de la loi de 1857.

Nous n'aurons pas de peine à démontrer qu'il n'existe aucune solidarité entre les autorisations respectivement exigées par ces deux textes et que l'une peut sans difficulté survivre à la disparition de 'autre.

Il ne faut pas oublier en effet que le législateur de 1867, en affranchissant les sociétés anonymes françaises de l'autorisation préalable du Gouvernement, a remplacé par un ensemble des formalités et de mesures préventives la garantie qui en résultait pour le public; il a pensé que les tiers trouveraient dans une réglementation minutieuse une protection suffisante de leurs intérêts. Mais cette réglementation n'atteint pas les sociétés anonymes étrangères; la loi nouvelle n'a pris aucune précaution contre elles; et ce serait exposer bénévolement les capitalistes français aux plus grands dangers que de renoncer aux garanties que leur offre la loi de 1857, dont le maintien n'a rien d'inconciliable avec les règles nouvelles qui ont été édictées en 1867 pour les sociétés anonymes françaises.

D'ailleurs, si l'on examine attentivement, d'une part l'autorisation qu'exigeait autrefois l'article 37 du Code de commerce pour toute constitution de société anonyme en France, de l'autre celle à laquelle sont assujetties les sociétés étrangères en vertu de la loi de 1857, il apparaît clairement qu'il n'y a aucune analogie entre elles, soit au point de vue de leurs formes, soit au point de vue de leur objet. L'autorisation exigée pour les sociétés anonymes françaises résultait d'un décret *spécial*, rendu à la suite d'une enquête portant sur leur but et sur leurs moyens d'action. Au contraire, la loi de 1857 permet au Gouvernement français d'habiliter par un décret *collectif* toutes les sociétés d'une certaine espèce nées ou à naître en pays étranger à ester en justice devant les tribunaux français, ce qui exclut nécessairement toute investigation sur la nature et sur les opérations propres à chacune d'elles. Enfin, l'autorisation gouvernementale n'était re-

quise par l'article 37 que pour les sociétés anonymes, tandis que la loi de 1857 l'exige pour toutes les sociétés étrangères, anonymes ou autres, qui sont soumises à l'autorisation du Gouvernement de leur pays d'origine.

Nous sommes donc fondé à dire que les dispositions de l'article 37 du Code de commerce et celles de la loi du 30 mai 1857 répondent à des nécessités différentes, que l'abrogation de l'un laisse à l'autre toute son utilité. Le Gouvernement français a, d'ailleurs, à maintes reprises, reconnu l'exactitude de cette solution; car, depuis 1867, plusieurs décrets d'autorisation collective ont été rendus en faveur de sociétés appartenant à différents pays [1].

2° Une autre question, voisine de la précédente, est celle de savoir si les sociétés constituées sans autorisation en pays étranger sont protégées en France par la loi de 1857, ou par le décret qui a été rendu en leur faveur, avant que la loi étrangère eût proclamé la liberté de l'anonymat.

Une société anonyme se forme en Belgique, sous l'empire de la loi du 18 mai 1873, qui l'affranchit de toute autorisation préalable. Sera-t-elle admise à ester en justice devant nos tribunaux, en vertu de l'autorisation générale donnée aux sociétés belges par la loi française de 1857?

L'espèce s'est présentée plusieurs fois il y a quelque vingt ans en France et en Belgique. Voici notamment dans quelles circonstances le Tribunal de commerce de la Seine a eu à l'apprécier en 1879.

La Compagnie *l'Étoile*, fondée à Bruxelles après 1873, c'est-à-dire sous le régime de la liberté, assigne en France un de ses actionnaires de Paris, en paiement des sommes qui restaient dues sur ses titres d'actions. Ce dernier, entre autres fins de non recevoir, conteste à la compagnie poursuivante le droit de plaider devant les juridictions françaises, comme ne se trouvant pas dans les termes de la loi de 1857, comme n'ayant pas été *autorisée* en Belgique. Et par jugement du 14 octobre 1879, le Tribunal de commerce admit l'exception du défendeur, en s'appuyant sur les motifs suivants :

« Attendu que la loi française du 30 mai 1857 dispose que les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières qui sont soumises à l'autorisation du Gouvernement belge, *et qui l'ont obtenue*, peuvent exercer tous leurs droits et ester en jus-

[1] Cass., 16 janvier 1885 (D. P. 1886. 1. 153).

tice en France; — Que la Compagnie *l'Étoile*, n'ayant pas été soumise à l'autorisation du Gouvernement belge, et, par conséquent, ne l'ayant pas obtenue, ne se trouve pas dans les conditions prescrites par la loi susvisée; — Attendu que la capacité juridique accordée par la loi aux sociétés anonymes est de droit étroit, et qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'en étendre l'application; que spécialement le tribunal ne peut avoir à apprécier si les nouvelles garanties données par la loi belge forment l'équivalent de celles que la législation française a regardées comme indispensables pour les sociétés anonymes étrangères qui prétendent à ester en justice, etc.[1]... »

Cependant le Tribunal de commerce de la Seine n'a pas tardé à revenir sur sa jurisprudence; dans l'espèce nouvelle qu'il a résolue par jugement du 26 novembre 1880, il s'agissait d'une société anonyme, *le Crédit de l'industrie minière*, fondée à Madrid en 1878, c'est-à-dire bien après la loi du 29 octobre 1869 qui a supprimé en Espagne la nécessité d'une autorisation pour les sociétés de cette nature. Un souscripteur d'actions judiciairement poursuivi par elle à Paris lui opposa, comme dans l'espèce précédente, son défaut d'existence légale en France, en se basant sur la loi du 30 mai 1857 qui exige formellement l'autorisation du gouvernement étranger, et sur le décret du 9 novembre 1861 qui en avait étendu le bénéfice à l'Espagne. Le tribunal rejeta sa prétention; et son jugement, confirmé par arrêt de la Cour de Paris du 8 juillet 1881, reconnaît le droit de sa société espagnole à ester en justice en France[2].

A cette jurisprudence nouvelle nous préférons le système antérieurement admis par les juges du premier degré, comme plus conforme à la lettre et à l'esprit de la loi de 1857. En effet, la loi n'a pas entendu habiliter d'une manière générale les sociétés anonymes étrangères, quelles qu'elles fussent; c'est aux sociétés *autorisées* par le gouvernement de leur lieu d'origine qu'elle réserve le bénéfice de la reconnaissance légale. Cette autorisation étrangère, qui suppose une enquête administrative, un examen préalable des statuts sociaux, constitue pour le Gouvernement français et pour le public français une garantie sérieuse; mais, aussitôt que l'autorisation cesse d'être exigée, la garantie s'efface, et la société *librement* formée en pays étranger serait mal venue à réclamer sur notre territoire les avan-

[1] *Journal des sociétés*, 1880, p. 152.
[2] Sirey, 1881. 2. 169. Cass., 28 avril 1902 (*Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 844).

tages d'une reconnaissance générale qui n'a été accordée que sur la foi de l'autorisation spéciale à laquelle son existence était autrefois subordonnée hors de nos frontières. La loi de 1857 est formelle ; elle ne concerne que « les sociétés anonymes... *qui sont soumises à l'autorisation* du gouvernement étranger, et *qui l'ont obtenue* ».

On objecte il est vrai l'abrogation de l'article 37 du Code de commerce, et l'on prétend établir une solidarité entre l'autorisation qui était exigée par ce texte et celle dont la loi de 1857 imposait la nécessité aux sociétés anonymes étrangères; mais nous venons de démontrer que ces deux autorisations sont pleinement indépendantes l'une de l'autre; l'objection se trouve ainsi réfutée d'avance; et, en présence de la loi de 1857, qui demeure debout, nous devons admettre que l'autorisation collective donnée par cette loi, et par les décrets qui l'ont suivie et complétée, à certaines sociétés étrangères à venir ne peut être invoquée par celles qui se sont constituées, sous un régime de liberté, en dehors de toute intervention gouvernementale.

b) *Sociétés en commandite par actions.*

Les règles qui viennent d'être exposées pour les sociétés anonymes étrangères s'appliquent sans obstacle aux commandites par actions, constituées à l'étranger, *avec l'autorisation du Gouvernement*. La loi de 1857, en effet, s'applique sans distinction à toutes les sociétés qui sont soumises à l'autorisation du Gouvernement belge et qui l'ont « obtenue », et les décrets rendus en exécution de cette loi ont une portée égale.

Mais une grave difficulté surgit lorsqu'il s'agit de déterminer soit quelle était avant, soit quelle est depuis la loi de 1857, la situation juridique des commandites par actions *librement* formées à l'étranger, en dehors de toute autorisation gouvernementale.

La plupart des auteurs admettent qu'elles peuvent exercer leurs droits sur le sol français, en vertu d'une reconnaissance *tacite* de l'État français, comme les sociétés par intérêts ; mais cette doctrine soulève de très vives critiques, au moins depuis la loi du 17 juillet 1856 qui a réglementé l'établissement des commandites par actions en France.

Prenons un pays, où les commandites par actions sont libres; ces sociétés pourront, suivant l'opinion commune, ester en justice devant nos tribunaux, sans le secours de la loi de 1857, sans décret d'autorisation. Au contraire, une société en commandite, formée dans un pays où toutes les sociétés par actions sont soumises au régime de

l'autorisation préalable, et ayant obtenu cette autorisation, ne sera reçue à agir en France que si elle y a. été autorisée par décret. N'y a-t-il pas là quelque chose d'illogique et d'incohérent? C'est aux sociétés dont le fonctionnement est le plus dangereux pour les intérêts français, aux sociétés qui n'ont fait dans leur pays d'origine l'objet d'aucune réglementation, d'aucun examen préventif, que la loi française aurait réservé ses faveurs, tandis qu'elle imposerait aux sociétés dont la régularité et l'innocuité sont déjà attestées par une autorisation de leur gouvernement national, la nécessité d'une autorisation française. Et le jour où la loi étrangère viendrait à soumettre les commandites par actions à une autorisation dont elles auraient été dispensées jusque-là, c'est-à-dire le jour même où elles présenteraient pour le public français des garanties plus grandes, elles cesseraient d'être reconnues en France, à moins d'une formalité nouvelle.

Une semblable inconséquence nous paraît inadmissiblede la part du législateur de 1857, et nous préférons croire qu'il a laissé les commandites par actions non autorisées en dehors de ses prévisions. Aurait-il choisi pour ouvrir notre territoire, sans examen ni contrôle, aux opérations de ces sociétés le moment même où la loi du 17 juillet 1856 venait d'apporter, par une réglementation sévère, des entraves à la constitution des commandites par actions en France? Et alors bien que la société qui demande à exercer ses droits en France aurait satisfait, au lieu de sa naissance, à des conditions réglementaires de même nature que celles qui sont prescrites par la loi française, rien ne prouve que ces conditions soient aussi rigoureuses que les nôtres et de nature à donner les mêmes garanties à nos nationaux.

Si l'on exige une autorisation du Gouvernement français pour les sociétés par actions déjà autorisées par leurs gouvernements respectifs, il existe des raisons plus péremptoires pour que l'on défende des souscripteurs crédules contre les promesses souvent mensongères d'une société librement formée en dehors de nos frontières.

Il est donc naturel de penser que le législateur a vu dans les règles auxquelles il subordonne depuis 1856 la formation des commandites par actions en France de véritables règles d'ordre public international, applicables aux sociétés d'origine étrangère comme aux sociétés françaises, de même qu'avant 1857, la pratique administrative soumettait à la nécessité de l'autorisation exigée par l'article 37 du

Code de commerce, les sociétés anonymes constituées à l'étranger et faisant des opérations sur notre territoire[1].

En résumé, nous ne reconnaîtrons la personnalité juridique aux commandites par actions étrangères dans notre droit français actuel que : 1° lorsque, déjà autorisées par le Gouvernement étranger, elles l'ont encore été en France, conformément à la loi de 1857 ; 2° lorsque, constituées librement en pays étranger, elles ont satisfait aux prescriptions de la loi française du 17 juillet 1856.

SECTION III. — *Des droits et obligations des sociétés étrangères en France.*

Sociétés reconnues. — Toute société commerciale étrangère reconnue, soit expressément, soit tacitement, par le Gouvernement français, est revêtue, sur notre territoire, de la personnalité civile, et comme telle y jouit de tous les droits patrimoniaux que nous avons ci-dessus attribués à l'étranger ordinaire; elle peut acquérir, posséder, aliéner, contracter, exploiter un brevet d'invention ou une marque de fabrique, plaider, en un mot faire tout ce que la loi française ne défend pas expressément à l'étranger qui n'est pas admis à la jouissance des droits civils; mais, remarquons-le, l'autorisation sans laquelle elle n'existerait pas chez nous n'a d'autre but et d'autre effet que de l'assimiler à cet étranger; elle ne lui confère nullement la jouissance des droits que notre législation réserve aux Français et à certains étrangers privilégiés. A moins d'un traité, la société autorisée ne pourrait donc, plaidant comme demanderesse devant les tribunaux français, se soustraire à l'obligation de fournir la caution *iudicatum solvi* (C. civ., art. 16), ou, étant défenderesse, réclamer le bénéfice de la règle *actor sequitur forum rei*, que l'article 14 refuse à l'étranger ordinaire, etc.

Quant à la question de savoir d'après quelle législation devront être appréciés et mesurés les droits que la société étrangère reconnue est admise à exercer en France, elle sera examinée et résolue au livre suivant.

Sociétés non reconnues. — De ce que la personnalité juridique fait défaut sur le sol français aux sociétés non reconnues, doit-on conclure qu'elles y sont réputées absolument inexistantes?

[1] En ce sens, Thaller, dans le *Journal des sociétés*, 1881, p. 113 et s.

L'affirmative conduirait à dire que ces sociétés ne peuvent être poursuivies en France à raison des engagements qu'elles ont contractés, même par délit ou quasi-délit, et qu'ainsi leurs créanciers français sont désarmés contre elles. Aussi la jurisprudence, prenant en mains les intérêts de ces derniers, est-elle d'avis de considérer les sociétés non autorisées comme *sociétés de fait*, et permet-elle de les assigner à ce titre devant nos tribunaux, conformément à l'article 14 du Code civil, tandis qu'elle leur refuse le droit d'agir elles-mêmes contre leurs débiteurs, par application de l'article 15.

La valeur juridique de cette distinction a été contestée. Reconnaître à une société le droit d'ester en justice comme défenderesse, c'est par cela même, a-t-on dit, lui reconnaître une personnalité; et, si dans ses rapports avec ses créanciers on la répute existante, il n'est pas possible d'admettre une présomption contraire, dans ses rapports avec ses débiteurs.

A cette objection, on a judicieusement répondu que ce serait retourner contre les Français les mesures de protection établies dans leur intérêt que de leur refuser la faculté de poursuivre une société étrangère non reconnue, dont ils ont été dupes ou victimes. La faute que cette société a commise, en ne sollicitant pas la reconnaissance du Gouvernement français, ne saurait, sans injustice, lui profiter en la déchargeant de ses obligations[1].

De toute manière, le Gouvernement serait en droit d'interdire l'ouverture en France de succursales d'une société étrangère non reconnue, et de fermer celles qui auraient été indûment établies.

Admission à la cote et négociations des valeurs étrangères en France. — Pendant très longtemps, la négociation des valeurs étrangères a été interdite sur le marché français : un arrêt du Conseil du 7 août 1785 avait défendu aux agents de change de coter à la Bourse de Paris d'autres effets que les effets royaux et le cours des changes. C'est en 1824 seulement que, sous l'influence du revirement qui s'était produit dans les idées économiques d'alors, on cessa de fermer d'une manière générale aux fonds étrangers le territoire français. Une ordonnance du 12 novembre de cette année prescrit de coter à la Bourse de Paris tous les emprunts publics étrangers; mais ce n'est que vers 1854 que la même faveur fut par tolérance accordée

[1] Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 121.

aux valeurs émises par les sociétés étrangères; et cette tolérance devint un droit, par l'effet de la loi de finances du 23 juin 1857 (art. 9), qui en subordonnant à l'application de certains droit fiscaux l'admission à la cote et la négociation de ces valeurs l'autorise par cela même implicitement.

Cependant une autorisation aussi générale présentait l'inconvénient d'exposer sans garantie les capitalistes français aux surprises les plus onéreuses; c'est pourquoi des textes spéciaux sont venus réglementer la négociation des valeurs étrangères sur notre marché.

Le premier en date est le décret du 22 mai 1858, relatif à la négociation dans les bourses françaises des titres émis par les compagnies de chemins de fer construits en dehors du territoire français; entre autres conditions, il impose à ces compagnies celle de n'émettre que des *actions* d'au moins 500 francs, et libérées des sept dixièmes[1]. Quant à leurs *obligations*, elles ne peuvent être négociées et cotées en France, que lorsque le capital social représenté par les actions a été intégralement versé et que l'émission en France de ces obligations a été autorisée par les ministres des Finances, de l'Agriculture, du Commerce et des Travaux publics (art. 5). Enfin l'article 6 du décret de 1858 contient une disposition générale, applicable même aux sociétés étrangères n'ayant pas pour objet la construction ou l'exploitation de chemins de fer; il interdit de négocier leurs valeurs, d'en publier le cours, d'en annoncer la souscription en France, avant qu'elles aient été admises à la cote par la chambre syndicale des agents de change.

Le décret du 8 février 1880 a généralisé et coordonné ce système, en le modifiant légèrement. D'une part, il accorde au ministre des Finances la faculté d'interdire toujours en France la négociation des valeurs étrangères (art. 5); de l'autre, il reconnaît aux chambres syndicales des agents de change, soit à Paris, soit dans les départements, le droit « d'accorder, refuser, suspendre ou interdire la négociation, à leurs bourses respectives, des actions, obligations, titres d'emprunts, quelle que soit d'ailleurs leur dénomination, émanant de sociétés, compagnies, entreprises, corporations, villes, provinces étrangères et tous autres établissements publics » (art. 1er), et il détermine les justifications qui devront être fournies à cet effet par

[1] Le décret du 16 août 1859 a modifié cette exigence : d'après ce décret, il suffit pour qu'elles soient admises à la négociation, que les actions étrangères soient libérées des deux cinquièmes.

l'établissement étranger (art. 2). Enfin il avait fixé le taux des actions admises à la cote au même chiffre minimum que celui des actions françaises, c'est-à-dire à 100 francs, si le capital de l'entreprise n'excède pas 200.000 francs, à 500 francs, si le capital social est supérieur à cette somme (art. 4). Mais le décret du 1er décembre 1893 est revenu sur cette disposition, et l'a mise en harmonie avec la nouvelle législation qui régit les sociétés françaises. Aux termes de l'article 1er de ce décret, « les actions admises à la cote ne peuvent être de moins de 25 francs, lorsque le capital des entreprises n'excède pas 200.000 francs, ni de moins de 100 francs si le capital est supérieur à 200.000 francs; elles doivent être libérées de 25 francs, lorsqu'elles sont inférieures à 100 francs, et au moins jusqu'à concurrence du quart, lorsqu'elles sont supérieures à 100 francs ». Ajoutons que ces conditions ne s'appliquent pas à l'admission à la cote des obligations étrangères.

Le décret du 22 mai 1858 interdisait aux agents de change de prêter leur ministère à la négociation des valeurs étrangères qui n'auraient pas été admises à la cote; cette interdiction ne se retrouve pas dans celui de 1880; et il faut en conclure que rien n'empêche aujourd'hui les agents de change de négocier, au moins à titre officieux, des valeurs étrangères même ne réunissant pas les conditions requises pour leur admission à la cote; mais dans tous les cas leur monopole exclusif se restreint à celles qui sont *susceptibles d'être cotées* (C. comm., art. 76), et la Cour de cassation entend par là les seuls effets dont la chambre syndicale a prononcé l'admission.

Observons enfin que les règles concernant l'admission à la cote et la négociation des valeurs étrangères s'appliquent à toutes les sociétés *même non reconnues en France;* le droit d'émettre et de négocier des actions et des obligations en France est indépendant de l'autorisation.

LIVRE TROISIÈME

DU CONFLIT DES LOIS CIVILES ET COMMERCIALES.

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX APPLICABLES A LA SOLUTION DU CONFLIT DES LOIS.

Sommaire.

I. Théorie des statuts.

Section I. — Son point de départ. — Territorialité de la loi.
Section II. — Bartole et les Postglossateurs.
Section III. — École française du XVIe siècle.
Section IV. — École hollandaise et flamande du XVIIe siècle.
Section V. — École française du XVIIIe siècle.
Section VI. — Réfutation de la théorie des statuts.

II. Théories allemandes.

Section I. — Système de Waechter.
Section II. — Système de Schaeffner.
Section III. — Système de Savigny.
Section IV. — Réfutation des théories allemandes.

III. Théorie de la personnalité du droit.

Section I. — Sa démonstration.
Section II. — Restriction basée sur l'*ordre public international.*

dispositions d'intérêt général, régissant le territoire tout entier, c'est-à-dire le droit romain ou le droit lombard. La *théorie des statuts* a donc eu pour objet principal à l'origine de résoudre les conflits nés, dans l'étendue d'une même souveraineté politique, de la contrariété des législations locales.

Mais, si telles ont été la raison d'être initiale et la portée première de cette théorie, son domaine ne tarda pas à s'élargir. Les nécessités du commerce, l'attrait exercé sur la jeunesse studieuse de l'Europe entière par les savantes leçons dont retentissaient, au moyen âge, les universités de France, aussi bien que celles d'Italie, obligèrent la royauté à se départir, en faveur de nombreuses catégories d'étrangers, de quelques-unes des restrictions les plus gênantes qui paralysaient alors le droit des aubains sur notre territoire; si relative et si précaire que fût la capacité nouvelle reconnue à ces derniers, elle avait pour conséquence nécessaire ou possible un conflit entre la loi française et la loi de leur origine; et, faute de règles spéciales propres à assurer la solution de ce conflit, il parut naturel de la chercher par analogie dans la théorie des statuts. En dehors de sa signification originaire et restreinte, le mot *statut* prit donc en cette matière, un sens beaucoup plus étendu; il devint synonyme de loi. C'est ainsi qu'une loi, suivant qu'elle a pour objet principal les personnes ou les biens, est qualifiée par les auteurs de *statut personnel* ou de *statut réel*. Et, comme, dans la doctrine statutaire, les lois relatives à la personne la suivent en principe même hors du pays auquel elle appartient, que, d'autre part, les lois relatives aux biens s'appliquent en général à tous ceux qui sont compris dans le territoire qu'elles régissent, quels qu'en soient les propriétaires ou détenteurs, on est arrivé à confondre la cause et l'effet, à désigner sous le nom de *statut personnel* toute loi admise à l'exterritorialité, sous celui de *statut réel*, toute loi gouvernant même les étrangers sur le territoire où elle est en vigueur.

La distinction des statuts personnels et des statuts réels, qui a régné sans partage jusqu'à une époque récente et qui compte encore des partisans convaincus [1], soulève d'innombrables difficultés, quand il s'agit de déterminer son fondement juridique, de dire quelles lois seront obligatoires pour tous les habitants du territoire, auxquelles sera attribué le bénéfice de l'exterritorialité, et nous nous en rendrons

[1] V. notamment, de Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*.

compte lorsque nous parcourrons les diverses théories statutaires qui, toutes parties de la même idée, aboutissent à des applications pratiques sensiblement différentes.

Quoi qu'il en soit, tous les auteurs qui professent la doctrine des statuts admettent que certaines lois, soit à raison de leur nature, soit à raison de leur objet, ne se limitent pas au territoire de l'État qui les a faites et suivent la personne en tous lieux.

A première vue, le tempérament ainsi apporté à la territorialité absolue de la loi paraît difficile à concilier avec les droits exclusifs de la souveraineté locale, qu'on oblige à compter avec les injonctions d'un législateur étranger. Aussi fait-on intervenir ordinairement, pour le justifier, l'intérêt des peuples, la *comitas gentium*, la courtoisie internationale.

En droit strict, a-t-on dit, il est certain qu'une loi, qu'une coutume ne peut produire ses effets en dehors des limites territoriales de la souveraineté dont elle émane; mais l'incertitude regrettable qui en résulte pour l'état des personnes, soumis à toutes les fluctuations, appelle une atténuation, dont la *comitas gentium* peut seule nous donner la formule et la mesure. Les relations nécessaires que les États entretiennent entre eux, la liberté de plus en plus complète de l'émigration, conseillent aux gouvernements de se départir des rigueurs de leur droit incontestable et de conserver aux étrangers, par un acte de bienveillance, leur législation personnelle, dans tous les cas où ils désireront obtenir à l'étranger pour leurs nationaux émigrés un traitement égal. Il y a là un échange de politesses internationales.

Mais à quel signe reconnaîtra-t-on que telle loi peut être appliquée par courtoisie à la personne au delà des frontières de l'État dont elle relève? La doctrine a subi sur ce point de nombreuses vicissitudes[1]; les règles posées par nos anciens auteurs pour résoudre les conflits de législations sont le plus souvent des décisions d'espèce parfois contradictoires; et il est malheureusement bien difficile d'échapper, dans leur exposition, au reproche d'obscurité.

SECTION II. — *Bartole et les Postglossateurs.*

C'est dans les écrits des Postglossateurs, et surtout dans ceux de Bartole (1314-1357), que l'on voit apparaître, au XIII[e] et au XIV[e]

[1] Voy. sur l'histoire de la théorie des statuts, la magistrale *Introduction au droit international privé* de M. A. Lainé, t. I et II, Paris, 1888-1891.

siècles, le premier vestige scientifique de la théorie des statuts. Subissant les exigences du commerce italien, dont le développement se trouvait arrêté par la territorialité des coutumes locales, les jurisconsultes de cette période eurent l'idée de chercher dans les lois romaines le moyen d'éluder quelques-unes de ses applications les plus rigoureuses. Partant des mots *cunctos populos*, par lesquels débute la loi 1 du titre *De summa Trinitate* au Code de Justinien (I, 1), Bartole s'est efforcé, ainsi d'ailleurs que l'avaient tenté plusieurs glossateurs avant lui, de déduire de règles uniquement inspirées par l'intolérance religieuse quelques principes applicables à la solution des conflits de lois et de coutumes; il y rattache, on ne sait pourquoi, la théorie des statuts, dont il est ainsi le créateur ou tout au moins le précurseur.

Dans son opinion, encore que la territorialité doive demeurer la règle, certaines lois sont personnelles et l'emportent sur le statut local. Ainsi le statut qui permet au fils de famille de tester, celui qui interdit au mari d'instituer sa femme, sont sans application pour les étrangers présents dans la ville qu'il régit. Inversement les prohibitions étrangères à la forme des actes, par exemple la défense faite au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme, ont effet hors du territoire. Il en est de même en général des incapacités qui atteignent la personne; encore Bartole fait-il à cet égard une distinction entre les incapacités qu'il appelle *favorables* et celles qu'il qualifie d'*odieuses*. Les unes, inspirées par des vues de protection, telles que l'incapacité du mineur, de l'interdit, etc., suivent la personne au loin. Les autres, procédant d'une rigueur injuste, comme l'incapacité de succéder dont certains statuts frappent les filles, se restreignent au territoire où elles sont en vigueur. Quant aux statuts attributifs de facultés, ils ne bénéficient de l'exterritorialité, dans la doctrine de Bartole, qu'autant qu'ils sont conformes au droit commun, c'est-à-dire à la loi romaine ou à la loi lombarde. En conséquence le statut qui permet au fils de famille de tester ne pourrait être invoqué hors de la ville où il est en vigueur, puisque le droit commun le condamne. Toutefois l'application de ces règles à certaines matières, à celle des successions par exemple, ne va pas sans difficultés sérieuses; et souvent Bartole ne voit d'autre moyen de sortir d'embarras que de s'attacher à la construction grammaticale de la disposition législative à apprécier : le statut sera personnel, s'il commence par parler de la personne, comme dans cette phrase : *Primogenitus succedat in omnibus bonis;* au contraire, le statut sera réel,

s'il fait d'abord mention des biens : *Bona decedentium veniant in primogenitum.*

Malgré la puérilité d'un semblable critérium, bien excusable, si l'on songe que le système de Bartole et de son école repose tout entier sur l'interprétation de textes romains, ingénieusement, mais arbitrairement étendus à des nécessités nouvelles, on ne peut leur dénier l'honneur d'avoir frayé les voies à la doctrine moderne, en réclamant les premiers, sous le régime féodal, une place pour les lois personnelles à côté des coutumes territoriales. Enfin c'est dans leurs ouvrages que l'on trouve pour la première fois exprimées, d'une manière encore bien imparfaite sans doute, la règle en vertu de laquelle l'acte juridique, testament ou contrat, est valable en la forme, pourvu qu'il ait satisfait aux conditions intrinsèques établies par la coutume du lieu où il est passé, celle qui fait dépendre de la loi du lieu où la convention est intervenue ses effets naturels et prévus, et celle qui rattache à la loi du lieu d'exécution ses conséquences accidentelles. Les légistes des siècles suivants n'ont fait que développer les idées émises par les Postglossateurs.

SECTION III. — *École française du XVIe siècle.*

Trois noms illustres résument, au point de vue de la solution des conflits de statuts, cette période de notre histoire juridique : Dumoulin, d'Argentré, Gui Coquille. Tous trois ont défendu la doctrine des statuts, et c'est encore dans leurs écrits que ses partisans modernes vont chercher des arguments.

Système de Dumoulin. — Charles Dumoulin (1500-1566), le premier de nos jurisconsultes coutumiers, a, comme Bartole et les Postglossateurs, rattaché à l'explication de la loi *cunctos populos*, au titre *De summa Trinitate* du Code de Justinien, l'exposé de son opinion sur le conflit des coutumes. Il part du principe féodal que *toutes les coutumes sont réelles;* mais il n'hésite pas à apporter des exceptions à ce principe, à admettre, comme Bartole, le *statut personnel* à côté du *statut réel* Cependant le critérium subsidiairement proposé par Bartole pour la distinction des statuts ne le satisfait pas; il le déclare purement *verbal*, et préfère ne tenir aucun compte de la teneur de la disposition à juger, pour s'attacher toujours à l'objet même de chaque statut. Le statut concerne-t-il exclusivement la *personne*, considérée

en elle-même, il est personnel; concerne-t-il uniquement les biens, il est réel; l'un accompagne la personne loin de son domicile; l'autre régit tous les biens situés dans le ressort de la coutume. Mais certaines dispositions touchent en même temps aux personnes et au patrimoine. Seront-elles applicables aux biens situés hors du territoire de la coutume qui gouverne la capacité de la personne? Dumoulin ne paraît pas avoir eu sur ce point une doctrine très stable.

Tantôt il enseigne que le statut qui déclare une personne incapable de disposer n'atteint pas les biens situés dans un lieu où la coutume locale contient une disposition contraire. Suivant lui, le mineur de vingt-cinq ans qui, d'après la coutume de son domicile, ne peut contracter qu'avec l'assentiment de ses parents et l'autorisation du juge, est pleinement capable d'aliéner sans leur assistance les biens qui lui appartiennent sur le territoire d'une coutume où la capacité du mineur ne subit aucune restriction; il en disposera valablement par testament : c'est reconnaître la prédominance du statut territorial.

Tantôt au contraire, il admet la personnalité absolue du statut qui lève une incapacité, et décide en conséquence que toute personne qui, par l'effet de ce statut, a recouvré sa liberté d'action, est capable, même au regard des biens situés dans le ressort d'une coutume qui dispose autrement. Voici l'espèce à laquelle il applique cette décision : Un fils de famille est domicilié sur le territoire d'une coutume qui l'autorise à tester. Cette autorisation lève partiellement l'incapacité résultant pour lui de la puissance paternelle à laquelle il est soumis; et, dans l'opinion de Dumoulin, elle l'habilite à disposer même des biens qui se trouvent situés dans une province où l'incapacité testamentaire du mineur subsiste. Pourquoi en est-il ainsi? Dumoulin répond que c'est parce que la coutume du domicile du mineur, qui aurait pu le soustraire tout à fait à la puissance paternelle, peut bien l'affranchir de quelques-uns seulement de ses effets. Son entière capacité reconquise l'aurait suivi hors de son domicile; il est naturel que le même bénéfice soit attribué à la capacité partielle que lui rend la coutume, à celle de tester.

A vrai dire il existe une contradiction bizarre entre les deux solutions que nous venons de rapporter. Pour Dumoulin, l'incapacité d'aliéner du mineur est de statut réel, et la capacité de tester de ce même mineur appartient au statut personnel. En vain Boullenois, a-t-il essayé de concilier ces décisions si différentes, qui paraissent se rattacher à la distinction bartoliste des statuts favorables et des

statuts odieux; la démonstration très embrouillée et peu convaincue, ce semble, qu'il a renfermée dans cinq pages de son *Traité de la personnalité et de la réalité des loix* (p. 727-732), ne jette aucune lumière sur la pensée du grand jurisconsulte du XVIe siècle.

C'est en ce qui touche la détermination du statut applicable aux conventions que la doctrine professée par Dumoulin est surtout intéressante à connaître. Repoussant l'opinion de Bartole et de son école, qui, pour des raisons diverses, les soumettaient toujours à la loi du lieu où elles sont intervenues, c'est-à-dire au statut réel, Dumoulin enseigne que la volonté des parties est souveraine à cet égard; que c'est aux juges à apprécier, soit d'après les termes exprès du contrat, soit d'après les circonstances, si elles ont entendu se référer à telle ou à telle législation. Le jurisconsulte coutumier proclame ainsi le principe de l'*autonomie de la volonté*, même *tacite*, et en fait de nombreuses et intéressantes applications, notamment à la matière des conventions matrimoniales. Enfin, en ce qui touche la forme extérieure des actes juridiques (*solemnitas extrinseca*), Dumoulin lui applique la loi du lieu où ils ont été passés.

Système de d'Argentré. — Bertrand d'Argentré (1519-1590), magistrat et civiliste breton, contemporain de Dumoulin, avec lequel ses discussions sont demeurées célèbres, figure, comme celui-ci, au premier rang des défenseurs de la doctrine statutaire. Il n'a pas écrit un traité systématique sur la matière des statuts; mais il a été amené à résoudre les difficultés qu'elle soulève, à propos de l'article 218 de la coutume de Bretagne, dont il a publié le commentaire. Cet article permet, « à toute personne, pourvue de sens, de donner le tiers de son héritage à autre qu'à ses hoirs, au cas qu'elle ne le ferait par fraude contre ses hoirs », et lui interdit par voie de conséquence toute disposition excédant ce tiers. Comprendra-t-on dans cette quotité disponible même les immeubles situés hors du territoire de la coutume de Bretagne? Ainsi se trouve incidemment posé tout le problème du droit international privé.

Comme Dumoulin, d'Argentré part du principe que toute coutume est territoriale; comme Dumoulin, il fait exception pour celles qui sont relatives à la personne et attribue à ces dernières le bénéfice de l'exterritorialité.

Ainsi, tandis que les immeubles sont rigoureusement soumis à la loi de leur situation, à laquelle ni la volonté des parties, ni une sen-

tence judiciaire ne peuvent faire échec, le légiste breton applique en principe à la personne, et aux biens mobiliers qu'il confond avec elle, la *lex domicilii*. Mais, moins favorable à la personnalité que son rival, d'Argentré établit une distinction entre les lois de capacité générale, qu'il déclare personnelles, *pourvu qu'elles ne produisent aucun effet sur les biens*, et les lois de capacité particulière qui, pour lui, sont toujours réelles.

La coutume qui fixe la majorité à telle époque suivra la personne loin de son domicile, parce qu'elle affecte son état tout entier. Au contraire, celle qui défend au mari de faire une libéralité à sa femme est une coutume réelle, parce qu'elle établit une incapacité particulière.

Et même, parmi les lois qui gouvernent la capacité d'une manière générale, il en est auxquelles le commentateur de la coutume de Bretagne refuse le caractère de statuts personnels. Certaines dispositions, en effet, quoique semblant viser avant tout la personne, exercent une action considérable sur les biens. Tel est le statut de la légitimation d'un enfant naturel par rescrit du prince. En apparence, cette légitimation a pour but de donner à l'enfant naturel les droits de famille que lui eût conférés une naissance légitime et par suite un état nouveau; mais d'autre part elle lui confère le droit de succéder aux biens de ses parents. Le caractère réel se mêle ainsi à la personnalité du statut. Et d'Argentré d'imaginer pour les lois de ce genre une nouvelle catégorie de statuts, les *statuts mixtes*, à la fois personnels et réels, dont l'application se limite aux biens situés sur le territoire, et les gouverne, quel que soit le domicile de leur possesseur.

L'utilité de cette création est au moins contestable; la doctrine en vertu de laquelle d'Argentré attribue un caractère réel même aux lois de capacité générale, dans leur application aux biens, suffit pleinement à la solution pratique des difficultés possibles; et la dénomination qu'il propose n'y ajoute aucun élément nouveau.

C'est à propos du statut du régime matrimonial que la controverse entre Dumoulin et d'Argentré a été particulièrement vive.

Tous deux sont d'accord pour admettre que la communauté *conventionnelle* stipulée par les futurs époux s'étend sur tous les biens, même situés sur le territoire d'une coutume où le régime de communauté n'a pas lieu. C'est la *convention*, en effet, qui est la loi des parties, et cette convention n'est pas enfermée dans un territoire donné.

Mais qu'arrivera-t-il si les époux n'ont fait aucun contrat? Dumoulin

répond qu'en supposant que le mariage ait été célébré à Paris, domicile du mari, le régime applicable à leurs intérêts pécuniaires sera le régime de communauté, et que ce régime gouvernera même les biens situés dans des provinces qui ne reconnaissent pas l'autorité de la coutume de Paris. Et il en est ainsi, suivant lui, parce qu'en négligeant de faire un contrat, les parties ont entendu s'approprier les dispositions de la coutume. Leur communauté n'est pas une communauté coutumière, mais une communauté établie en vertu d'une convention tacite. La volonté des époux y joue donc le rôle principal; et rien n'empêche de lui faire produire ses effets en dehors du ressort de la coutume sous l'empire de laquelle elle s'est affirmée.

D'Argentré n'accepte pas cette solution. Sans nier qu'en n'exprimant pas leurs conventions matrimoniales, les parties soient *tacitement convenues* de s'en rapporter à la coutume, il soutient qu'elles ne peuvent accepter cette dernière qu'avec le caractère qui lui est essentiel, c'est-à-dire la *réalité*. Qu'elles le veuillent ou non, elles ne peuvent faire que les coutumes ne soient réelles, qu'elles ne se limitent pas au territoire pour lequel elles ont été faites. La communauté à laquelle sont soumis les époux mariés sans contrat est donc la communauté coutumière; et cette communauté est de statut réel et n'atteint pas les biens qui se trouvent situés dans le ressort de coutumes qui ne l'admettent pas.

Système de Gui Coquille. — Gui Coquille (1523-1603), qui fut au XVIe siècle procureur général du fisc à Nevers, et auquel on doit d'excellents traités, s'est montré plus hardi que ses contemporains. Il n'accepte pas comme un dogme, ainsi que l'avaient fait Dumoulin et d'Argentré, la maxime que *toutes les coutumes sont réelles*, « règle brocardique qui est communément au cerveau des praticiens », et il enseigne que, pour déterminer la nature du statut, il faut toujours s'attacher à l'intention du législateur. S'il s'est proposé de pourvoir directement à l'avantage des personnes, celles-ci ne pourront se soustraire à ses prescriptions par un changement de résidence; et ce n'est qu'autant que la coutume ne concerne pas directement l'intérêt des personnes, que son application se limitera au territoire qu'elle régit. La réalité des coutumes se trouve ainsi presque ramenée au rang d'une exception.

Le système de Gui Coquille, quoique plus favorable à la personnalité des statuts que ceux dont l'exposé précède, était loin d'échapper

aux difficultés si nombreuses que leur application soulevait; et ses décisions paraissent souvent contradictoires. Tandis qu'il professe d'une manière absolue la réalité du statut des successions, comme si ce n'était pas dans l'intérêt des personnes que la loi règle leur dévolution, il propose une solution différente, quand il s'agit de savoir si l'individu domicilié sur le territoire de la coutume du Nivernais peut, usant de la faculté que lui laisse cette coutume, donner à sa femme, *en toute propriété*, par don mutuel, ses conquêts situés dans le ressort de la coutume de Paris, qui n'autorise une semblable libéralité qu'à défaut d'enfants et *pour l'usufruit* seulement; et *vice versà*. Coquille croit l'affirmative conforme à l'esprit de l'une et de l'autre coutumes.

Et, de même que Coquille reconnaît la personnalité de la disposition de la coutume de Paris, qui ne permet aux conjoints que des libéralités d'usufruit, de même il reconnaît que la disposition plus large de la coutume du Nivernais suit au loin les individus domiciliés sur son territoire : « La permission que fait notre coutume et la prohibition que font les autres coutumes regardent directement la volonté, l'honneur et le profit des personnes mariées et ne regardent l'intérêt des héritiers que secondairement. » Et le jurisconsulte ajoute que ce qui prouve bien qu'en prohibant en principe les libéralités entre époux, la coutume de Paris ne s'est pas préoccupée de pourvoir à la conservation des biens dans les familles, intention qui eût entraîné la réalité du statut, c'est qu'elle protège d'une autre manière les droits du sang, par la réserve des *quatre-quints* opposée aux libéralités testamentaires, et qu'elle ne défend nullement au testateur de donner *en toute propriété* à une personne étrangère à la famille ses meubles et acquêts. Ce n'est donc pas l'intérêt patrimonial de la famille qui s'oppose à ce que le conjoint soit aussi bien traité, et rien ne fait obstacle à ce que dans l'espèce la coutume du Nivernais soit appliquée même à des biens sis à Paris.

SECTION IV. — *École hollandaise et flamande du XVIIe siècle.*

La doctrine statutaire a été défendue au XVIIe siècle en Hollande et en Belgique par des jurisconsultes d'une haute valeur, tels que Bourgoigne, Rodenburgh, Paul Voet et Jean Voet. Les différents systèmes auxquels ils ont attaché leurs noms se distinguent en général par le réalisme de leurs décisions : à l'exemple de d'Argentré, ils semblent n'admettre qu'à regret la personnalité de certains statuts,

et obéir à la préoccupation constante de lui faire le moins de place possible, en rappelant sans cesse qu'elle n'a d'autre raison d'être que la *comitas gentium*, c'est-à-dire l'intérêt, non le droit.

Système de Bourgoigne. — Nicolas de Bourgoigne (*Burgundus*) (1586-1649), qui fut dans la première moitié du XVIIe siècle avocat à Gand et professeur de jurisprudence à Ingolstadt, a traité des conflits de coutumes dans son commentaire de la coutume de Flandre. Il s'attache tout d'abord à établir que la personne est l'accessoire des biens qui lui appartiennent, que sans ces biens elle ne serait rien qu' « un cadavre au milieu des êtres vivants ». Avec un semblable point de départ, il n'est pas étonnant qu'il ait donné la préférence à la réalité. Pour lui ce n'est pas la personne qui domine les choses; ce sont les choses « qui attirent à elles la personne » et lui imposent leur statut. Cependant Bourgoigne admet un statut personnel; il reconnaît que l'état et la capacité des personnes ne peuvent dépendre des hasards d'un voyage; mais il limite avec une extrême rigueur l'application extra-territoriale des coutumes. L'espèce suivante, analysée par M. Laurent[1], suffira à bien faire comprendre sa doctrine :

Un individu, âgé de plus de vingt ans et domicilié à Gand, dont la coutume le déclare mineur, aliène sans être autorisé par son tuteur, des immeubles situés dans le Hainaut. A la différence de la coutume de Gand, celle de cette dernière province permet l'aliénation au mineur âgé de plus de vingt ans. De ces deux coutumes, laquelle devra s'appliquer? celle du domicile du disposant ou celle de la situation des biens? Il semblerait que l'incapacité du mineur, étant de statut personnel, dût le suivre hors de son domicile et frapper de nullité toute vente consentie par lui, même sur le territoire du Hainaut. Telle n'est cependant pas la solution donnée par le jurisconsulte flamand. Il distingue entre la convention dont résulte l'aliénation, et cette aliénation elle-même. Le mineur, étant incapable d'après la coutume de son domicile, n'a pu s'obliger personnellement par la convention d'aliéner, et le tiers au profit duquel cette convention est intervenue n'a aucune action *personnelle* contre lui; mais ce n'est pas à dire que l'aliénation soit dénuée de tout effet. Si elle a été suivie de tradition, selon les conditions requises dans le Hainaut pour

[1] Laurent, *Dr. civ. int.*, t. I, p. 445 et s.

la translation de propriété, le tiers sera devenu légitimement propriétaire. A ce point de vue donc, c'est le statut réel qui s'applique. En d'autres termes, Bourgoigne déclare personnel tout statut dont naît une action personnelle, et réel tout statut dont résulte une action réelle; dans la convention d'aliéner, il distingue l'*obligation personnelle*, qu'il régit par la coutume du domicile du disposant, et l'*aliénation*, qu'il soumet à la loi de la situation du bien aliéné.

Système de Rodenburgh. — L'incohérence de la solution admise par Bourgoigne a été très bien mise en lumière par Rodenburgh (1618-1668), qui remplissait au même siècle les fonctions de juge à la Cour d'Utrecht. Dans son *Traité des statuts*, dont Boullenois nous a donné la traduction annotée, il s'élève avec force contre cette théorie singulière qui répute la même personne à la fois capable et incapable d'intervenir au même acte, capable d'aliéner, incapable de s'obliger.

Pour Rodenburgh, le statut de la capacité suit la personne en tous lieux, et rien ne l'empêche de produire ses effets même sur les biens situés en dehors du territoire que régit la coutume de son domicile; il repousse donc l'opinion de Bourgoigne qui veut distinguer entre le contrat et l'aliénation; et il déclare que toute personne incapable de contracter d'après la loi de son domicile, l'est à plus forte raison d'aliéner. Mais, malgré cette concession faite au statut personnel, Rodenburgh ne s'en prononce pas moins pour le principe de la réalité des coutumes et n'admet que comme exception l'exterritorialité des lois strictement relatives à la personne; il affirme que dans la rigueur du droit toutes les lois sont territoriales, et que l'intérêt seul de l'État peut l'amener à autoriser sur son sol l'application de lois étrangères.

Système de Paul Voet. — Nous retrouvons dans le système proposé par Paul Voet (1619-1677) sur la distinction des statuts les mêmes tendances réalistes. Il admet bien qu'il existe un statut personnel, suivant la personne loin de son domicile, mais il n'y fait rentrer que les dispositions concernant son état d'une manière générale, c'est-à-dire celles qui sont relatives par exemple à la majorité ou à l'interdiction, et encore ce statut personnel s'efface-t-il dès qu'il s'agit d'en faire application à des immeubles situés hors du territoire de la coutume. D'autre part, Paul Voet voit un statut réel dans toute disposi-

tion établissant une capacité ou une incapacité particulière, par exemple dans celle qui prohibe les libéralités entre époux : il fait donc une part bien minime à la personnalité.

Enfin, il admet ainsi que d'Argentré, une troisième catégorie de statuts, celle des *statuts mixtes*, et il y comprend non pas, comme le commentateur breton, toutes les lois à la fois relatives aux personnes et aux biens, mais celles qui concernent la forme extérieure des actes.

Système de Jean Voet. — Jean Voet (1647-1714), fils du précédent et, d'abord comme lui, professeur de droit à Utrecht, puis à Leyde, semble avoir exagéré son réalisme, en théorie tout au moins. S'il admet, comme point de départ, avec son père, la distinction des statuts personnels, des statuts réels, et des statuts mixtes, s'il donne même au statut personnel une étendue plus grande en professant que les lois relatives à l'état universel de la personne ne cessent pas d'être personnelles, lorsqu'elles touchent indirectement aux biens, il ne fait *en droit* aucune différence, au point de vue de leur application, entre les effets du statut personnel, du statut réel, et du statut mixte. Les uns comme les autres, étant l'expression de la souveraineté territoriale, sont par eux-mêmes dépourvus d'autorité en dehors des limites de cette souveraineté. Donc, en droit strict, il n'y a pas de statut qui suive la personne hors de son domicile.

Cependant, rien ne s'oppose, suivant Jean Voet, à ce que, sans rien abdiquer de la doctrine de la territorialité, les autorités d'un pays consentent, par courtoisie ou par intérêt, à en atténuer la rigueur. C'est ainsi que la pratique générale soumet les biens mobiliers à la loi du domicile de leur propriétaire, en quelque endroit qu'ils se trouvent. C'est ainsi encore qu'on s'accorde à déclarer valables en la forme les actes de disposition portant sur des immeubles ou sur des objets mobiliers, pourvu qu'ils aient satisfait aux formalités extrinsèques exigées par la loi où ils ont été passés. D'ailleurs, de crainte qu'en admettant l'exterritorialité de certaines lois, un État ne fût dupe de sa libéralité, Jean Voet recommande l'usage des conventions internationales, destinées à assurer à sa législation un bénéfice égal et réciproque.

SECTION V. — *École française du XVIII[e] siècle.*

A cette école se rattachent notamment Boullenois, Bouhier, Froland. S'ils n'ont pas su s'affranchir de la doctrine traditionnelle et

rejeter loin d'eux, comme un legs inutile d'une féodalité disparue, la distinction du statut personnel et du statut réel, tout au moins faut-il reconnaître que leur souci incessant semble avoir été d'élargir le domaine des lois personnelles, de restreindre celui de la territorialité. C'est là le caractère commun qui se dégage de leurs écrits, encore que de nombreuses divergences éclatent dans leurs solutions.

Système de Boullenois. — Louis Boullenois (1682-1762) a apporté sa contribution à notre science par deux ouvrages, l'un publié en 1732 *sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes;* l'autre, qui n'a vu le jour qu'après la mort de l'auteur, en 1766, et qui, sous forme de traduction annotée de l'œuvre de Rodenburgh, nous présente une théorie complète du droit international privé. Ce dernier ouvrage, intitulé *Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coutumes ou statuts*, débute par l'affirmation de quarante-neuf principes, que l'on peut résumer de la manière suivante :

Tous les statuts sont personnels ou réels; en cas de doute sur leur nature, ils doivent être présumés réels. C'est d'après l'objet direct du statut, et aussi d'après l'intention certaine du législateur, que doit être apprécié son caractère personnel ou réel.

En principe, on répute *personnelles* les lois qui ont pour objet premier, principal et dominant, de régler l'état et la condition des personnes. Boullenois distingue les lois personnelles *universelles* et les lois personnelles *particulières*, les unes qui régissent l'état de la personne d'une manière générale par rapport à tous les actes de la vie civile, par exemple les lois relatives à la majorité ou à l'émancipation, les autres qui n'affectent la condition et la capacité de la personne qu'en vue de tel acte donné, par exemple celles qui lui permettent de tester ou qui défendent à la femme de cautionner la dette d'autrui. Les lois personnelles universelles accompagnent la personne en tous lieux et produisent leurs effets même sur les biens situés en dehors du territoire où elles ont été promulguées. Quant aux lois personnelles particulières, il n'en est ainsi que pour celles qui ne concernent que la personne, abstraction faite des biens; telle est l'incapacité qui frappe la femme en vertu du sénatus-consulte Velléien : au contraire, les lois qui se rapportent à la fois aux personnes et aux biens, celles par exemple qui autorisent un mineur marié à faire une libéralité à son

conjoint, n'ont d'effet que sur les biens du territoire qu'elles régissent.

Les lois *réelles*, c'est-à-dire celles qui ont des biens pour objet immédiat et direct, ne s'appliquent jamais en dehors de la domination territoriale du législateur.

En cas de conflit entre le statut personnel du domicile de la personne et le statut personnel d'un autre endroit, c'est celui du domicile qui l'emporte; et Boullenois donne comme exemple le Normand que la coutume de son domicile déclare majeur à vingt ans : « il sera tel, dit-il, dans les coutumes mêmes qui exigent un âge plus avancé. »

Mais lorsque le conflit s'élève entre le statut personnel du domicile et un statut réel, ce dernier l'emporte. Ainsi « le majeur qui, par son état de majeur, peut donner entre-vifs tous ses biens, ne pourra pas les donner, ou n'en pourra donner qu'une partie, s'ils sont situés dans une coutume qui l'ordonne ainsi par une prohibition réelle ».

Boullenois admet bien que les objets mobiliers sont régis par la loi du domicile de leur propriétaire; mais cette loi, par rapport aux meubles, n'est pas un statut personnel, c'est un statut réel. Les biens mobiliers sont, comme les immeubles, gouvernés par la loi de leur situation; seulement, comme ils n'ont pas d'assiette fixe, leur situation se confond avec le domicile de celui auquel ils appartiennent.

Enfin, pour déterminer le statut des conventions, l'auteur distingue entre les conditions de validité qui sont régies par la loi du domicile des parties, si c'est leur capacité qui est en jeu, par la loi du lieu où le contrat a été passé, s'il s'agit de sa nature, de sa formation, ou de ses formalités extrinsèques, et les effets du contrat qui, dans leur application aux biens, sont soumis à la *lex rei sitæ*. Dans tous les cas, Boullenois repousse la théorie des statuts *mixtes*, imaginée par d'Argentré, et renouvelée par Paul Voet.

Quant au statut de la communauté établie entre époux, à défaut de contrat, Boullenois le déclare personnel et y soumet leurs biens, en quelque lieu qu'ils se trouvent, mais, s'il arrive en fait à la même solution que Dumoulin, à l'opinion duquel il rend hommage, il la justifie par d'autres raisons; suivant lui, le régime des biens entre époux se rattache par une telle affinité au mariage lui-même qu'il est une dépendance de l'état des personnes, et que les lois qui lui sont applicables participent en conséquence au caractère des autres lois d'état, qui est de ne pas se limiter au territoire où elles sont en vigueur; il est donc inutile de faire intervenir l'idée de *convention tacite*.

Système de Bouhier. — Sans oser s'écarter ouvertement de l'adage traditionnel qui réputait toutes les coutumes réelles, le président Bouhier (1673-1746), dans son excellent commentaire de la coutume de Bourgogne, s'efforce, à l'exemple de Dumoulin dont il procède visiblement, d'étendre la portée du statut personnel; en cas de doute sur la nature d'un statut, dit-il, il doit être regardé comme *personnel*. Et cette décision, opposée à celle de Boullenois, outre qu'elle est conforme à la raison naturelle, puisque l'homme est supérieur aux choses, semble à Bouhier commandée par des considérations d'intérêt général. La doctrine de la réalité, en effet, en soumettant à des lois différentes les diverses fractions d'un même patrimoine, rend très difficiles leur administration et leur transmission, et toutes les provinces sont intéressées à lui laisser le moins d'applications possibles.

Cette observation aurait dû conduire Bouhier à condamner absolument, comme ayant fait son temps, la théorie des statuts; il en accepte cependant le principe, et se borne à l'accommoder à ses propres idées. S'abstenant de définir le statut personnel, le savant magistrat établit que toute disposition gouvernant soit la capacité générale, soit la capacité particulière des personnes, jouit de l'exterritorialité; il attribue le même effet aux conventions expresses ou tacites et en conséquence, il repousse, comme Dumoulin, la réalité du statut de la communauté entre époux. Quant aux statuts réels, qui concernent avant tout les biens, Bouhier ne conteste pas qu'ils doivent en principe l'emporter sur les lois personnelles; mais dans l'application il ne se résout que difficilement à reconnaître le caractère réel d'une loi. C'est ainsi notamment que, contrairement à l'opinion commune, il répute personnel le statut qui exclut la fille mariée de la succession de ses père et mère.

Système de Froland. — L'avocat Froland, qui vivait dans la première moitié du XVIIIe siècle, mérite aussi de figurer parmi les plus illustres statutaires de cette période. Dans les *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts* qu'il a publiés en 1729, il se prononce pour l'extension du statut personnel, pour son application même aux biens situés hors du territoire de la coutume. « C'est assez que le statut dispose de l'état de la personne; il ne saurait plus changer de nature, ni devenir une disposition réelle. La personne et ses biens sont deux choses fort différentes, la personne est constam-

ment la plus noble et, comme telle, *elle doit l'emporter sur les biens qui ne sont faits que pour elle.* » Et il fait application de sa doctrine notamment à la matière des testaments. La plupart des anciens statutaires voyaient un statut réel dans la disposition des coutumes qui fixait ici à quatorze ans, là à vingt ans, l'âge requis pour tester valablement, et exigeaient en conséquence que le testateur eût l'âge réclamé par la coutume de la situation de ses biens. Froland, au contraire, le soumet à ce point de vue à la coutume de son domicile; il ne fait donc aucune distinction entre les lois de capacité générale et les lois de capacité particulière.

Toutefois, en ce qui concerne la nature du statut de la communauté, Froland semble avoir eu quelque peine à se soustraire à l'influence des idées de d'Argentré : « L'intention des parties, dit-il, n'est point en pareil cas ce qui doit fixer la résolution du magistrat; la seule chose qui lui tombe en charge d'examiner est leur pouvoir, c'est-à-dire s'il leur a été permis de faire des stipulations telles qu'il leur a plu par rapport à leurs intérêts, et capables de renverser les sacrées dispositions de nos coutumes[1]. » Aussi l'auteur incline-t-il visiblement à conclure que la communauté, soit légale, soit même conventionnelle, ne peut s'étendre aux biens situés dans le ressort d'une coutume qui ne l'admet pas; mais, craignant de contredire trop ouvertement le système opposé qui avait conquis toutes les faveurs de la doctrine et de la jurisprudence, il se contente de déclarer la question très douteuse[2].

SECTION VI. — *Réfutation de la théorie des statuts.*

La théorie des statuts, telle qu'elle est arrivée jusqu'à nous, réalise — cela n'est pas contestable — un progrès sur la doctrine absolue de la territorialité des lois. « On ne saurait, dit très bien M. de Savigny, la rejeter comme complètement fausse; car elle est susceptible des interprétations et des applications les plus diverses, parmi lesquelles peuvent s'en rencontrer de tout à fait justes[3] ». Mais on peut

[1] Froland, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, p. 196.
[2] On peut encore mentionner parmi les auteurs français du XVIIIe siècle qui ont écrit sur les statuts, le chancelier d'Aguesseau (1668-1751), dans son 54e *Plaidoyer*, et un jurisconsulte d'Orléans, Prévôt de la Jannès (1696-1749), dans son 3e discours : *De la distinction des statuts réels et personnels.*
[3] Savigny, *Traité de droit romain* (trad. Guenoux), t. VIII, p. 123.

à bon droit lui reprocher d'être en désaccord avec les idées qui ont cours aujourd'hui sur le fondement et sur les limites de la souveraineté, d'attribuer à la terre une importance qu'elle n'a plus, de lui subordonner le plus souvent les personnes, alors qu'au contraire c'est aux personnes qu'appartient de droit la première place, que c'est en vue des personnes que toutes les lois humaines ont été portées, que c'est devant leurs droits naturels et imprescriptibles que la souveraineté s'arrête.

Les auteurs statutaires ont bien compris qu'il leur était impossible de s'en tenir strictement à la territorialité des lois, que la personne a des droits qu'on ne saurait méconnaître sans danger; mais, s'ils admettent par la force des choses que les lois concernant l'état et la capacité suivent la personne en tous lieux, ce n'est pas par une raison de droit qu'ils s'y déterminent, mais par une raison d'utilité, de convenance, de *comitas gentium;* et qui ne voit que l'utilité est un argument bien précaire, appliqué à la solution d'un problème juridique? D'ailleurs, la *comitas* correspond à une idée très vague et très abstraite, qui met obstacle à ce qu'un tribunal la prenne pour base de sa décision dans un litige international.

Mais, dit-on encore, l'extension des lois étrangères en dehors des limites territoriales de l'État qui les a faites doit être nécessairement subordonnée au bon vouloir, à la courtoisie de l'État où elles sont invoquées. Autrement que deviendraient l'indépendance et la souveraineté de ce dernier? L'une ne peut se concilier avec la prétention émise par une autre Puissance de faire prévaloir ses propres lois sur un territoire étranger; l'autre consiste précisément à soumettre à la législation locale tout ce qui vit ou tout ce qui se trouve sur le sol qu'elle régit. Nous répondrons que l'application de lois étrangères ne met pas toujours en péril les droits de la souveraineté territoriale. Sans doute, celle-ci a le droit strict et le devoir de protéger contre toute invasion législative étrangère les intérêts généraux et les mœurs de la nation qu'elle gouverne; de défendre ce que nous appellerons plus loin l'*ordre public international;* mais ce droit et ce devoir sont les mêmes, soit qu'il s'agisse de repousser l'application d'une loi relative aux personnes, soit qu'il s'agisse de repousser celle d'une loi concernant un objet mobilier ou un immeuble. Nous faisons donc la part de la souveraineté locale; nous la faisons parfois plus grande que les statutaires, puisque nous limitons par elle l'application des lois même exclusivement relatives à la personne.

Et si la distinction des statuts personnels et des statuts réels manque de certitude scientifique et de solidité, à quelles incohérences ses applications n'aboutissent-elles pas? Les innombrables systèmes ci-dessus rappelés, où la subtilité le dispute à l'arbitraire, sont loin de s'accorder sur le nombre des statuts, sur la sphère d'application de chacun d'entre eux, et si parfois ils arrivent sur un point donné à une même solution, le hasard a plus de part que la logique à ce résultat. Les auteurs statutaires sont, suivant l'expression d'un auteur, « semblables à d'habiles maîtres d'escrime qui commencent par se bander les yeux, se livrent ensuite les plus rudes assauts et, aidés d'une certaine industrie résultant de l'habitude et de l'instinct, se rencontrent quelquefois[1] ».

Nous repoussons donc la théorie des statuts, comme dépourvue de base juridique et de certitude : par son origine féodale, elle appartient à un passé qui ne saurait revivre. Les temps modernes, en multipliant les relations internationales, en ramenant le droit à la personne, en proclamant la suprématie de l'homme sur les choses, réclament pour la solution des conflits de législations, l'établissement d'un principe de droit, supérieur à la courtoisie, à la tolérance de la souveraineté territoriale, qui leur soit applicable en tout temps et en tous lieux.

TITRE II

Théories allemandes.

Les théories proposées en Allemagne pour le règlement des conflits de lois se distinguent par leur caractère philosophique; toutes repoussent comme arbitraire la doctrine de la *comitas*, et, en admettant dans certains cas l'application nécessaire de lois étrangères par le juge, l'obligent à chercher dans les principes généraux du droit quelle législation doit régir tel rapport juridique donné.

SECTION I. — *Système de Waechter.*

En 1841, M. de Waechter, alors chancelier de l'Université de Tubingue, fit paraître dans l'*Archiv für civilistiche Praxis* des études

[1] Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, p. 83.

très remarquées sur la collision des lois privées. Il pose en principe que le juge est lié, quand il s'agit d'apprécier une contestation et de lui appliquer soit la loi locale, soit une loi étrangère, par la volonté exprimée par le législateur dont il est l'interprète. Si donc ce législateur a voulu que tous les litiges relatifs aux biens immobiliers soient tranchés conformément à la *lex rei sitæ*, cette dernière sera seule applicable. Mais s'il a gardé le silence, il faut s'attacher à découvrir dans quel esprit sont conçues ses prescriptions, s'il a vraisemblablement voulu donner la préférence à la législation locale ou à la législation étrangère, s'il a eu intérêt à écarter l'application de cette dernière. Prenons un exemple : Les lois relatives au mariage sont faites en vue des familles dont l'ensemble constitue la nation qui les a mises en vigueur; celle-ci n'a pas entendu imposer leur observation à des familles étrangères vivant en dehors de la société locale, n'ayant ni ses idées ni ses mœurs. Il suit de là que ces familles, aussi bien que les régnicoles émigrés, demeurent soumis, quant aux conditions de capacité, de consentement des parents, etc., exigées pour le mariage, à leur législation personnelle; la loi locale n'a ni qualité, ni intérêt pour se substituer à elle. Mais qu'un Allemand vienne à contracter un mariage en Allemagne avec une femme étrangère, la loi allemande reprend tous ses avantages, et l'union formée contrairement à ses prescriptions devra être annulée, alors même que la loi personnelle de l'autre partie admettrait sa validité. Dans le conflit entre ces deux lois, il y a intérêt pour la souveraineté locale à ce que le dernier mot reste à sa loi propre, puisque l'un de ses nationaux est partie au débat. Le même intérêt apparaîtrait, et par suite la même conclusion, dans le cas où le mariage contracté même entre deux étrangers, et valable selon leurs lois personnelles, aurait enfreint les bonnes mœurs ou l'ordre public.

Enfin ce n'est qu'en dernière analyse, et seulement si l'esprit de la loi ne fournit aucune indication sur la manière dont la difficulté doit être résolue, que le juge sera tenu d'appliquer la loi de l'État, au nom duquel il rend la justice, la *lex fori*.

SECTION II. — *Système de Schaeffner.*

La même année 1841 a vu éclore en Allemagne le système de M. Schaeffner. Après avoir démontré dans un ouvrage intitulé *Développement du droit international privé* (*Entwickelung des inter-*

nationalen Privatrechts) les vices et les contradictions de la vieille doctrine statutaire, qu'il déclare impuissante à assurer aux conflits de lois une solution rationnelle, M. Schaeffner expose une théorie nouvelle sur la matière. Comme Waechter, il reconnaît que le juge doit tout d'abord rechercher si les lois et les coutumes de l'État qu'il représente sur son siège n'ont posé aucune règle relativement au conflit dont il est saisi : si cette règle existe, il ne peut faire autrement que de l'appliquer. Mais fait-elle défaut, le juge devra apprécier toute relation juridique, non plus, comme dans le système de Waechter, d'après la loi du pays où le procès s'est engagé, d'après la *lex fori*, mais d'après la loi du lieu où cette relation juridique a pris naissance. Et, appliquant cette formule aux différents rapports qui peuvent exister soit entre les personnes, soit entre les personnes et les choses, l'auteur allemand décide que d'une manière générale l'état et la capacité de la personne sont régis par la loi de son domicile d'origine, parce que c'est là qu'elle est née et qu'elle devient capable. Pour les biens, il fait une distinction : s'agit-il de l'ensemble du patrimoine, considéré *ut universitas*, par exemple en matière de succession, c'est encore la loi du domicile qu'il faudra appliquer, parce que c'est le domicile qui est le siège légal de la personne, et que c'est là qu'elle a acquis l'aptitude de posséder des biens en général : s'agit-il, au contraire, des différents biens considérés *ut singuli*, de tel meuble, de tel immeuble, les rapports juridiques dont ils peuvent être l'objet ne prennent naissance qu'au lieu où ils se trouvent; car c'est là seulement que la personne acquiert des droits sur eux ; c'est donc la loi de ce lieu qu'il convient de leur appliquer.

SECTION III. — *Système de Savigny.*

Parmi les auteurs allemands qui se sont occupés de résoudre les conflits de lois, la première place appartient à M. de Savigny. Le tome VIII de son *Traité de droit romain* (*System des heutigen römischen Rechts*) comprend une théorie complète et détaillée du droit international privé. Le point de départ de cette théorie est très différent de celui dont procèdent soit la doctrine statutaire, soit les systèmes allemands qui viennent d'être exposés. M. de Savigny fait bon marché du caractère personnel ou réel des lois dont il s'agit de prévenir ou de vider le conflit, aussi bien que du lieu où l'instance s'est engagée et de celui où le rapport de droit à apprécier a pris

naissance. Ce ne sont là pour lui que des considérations d'ordre secondaire. L'illustre jurisconsulte de Berlin substitue donc aux critériums proposés avant lui un critérium nouveau. Pour lui, lorsque le juge se trouve en présence d'un conflit de législations civiles à résoudre, son premier devoir est d'analyser avec exactitude la nature du fait juridique qui a donné naissance au conflit; et, cette nature une fois déterminée, il doit rechercher quelle est la loi qui convient le mieux à la matière, et en faire application au litige, alors même qu'elle serait l'œuvre d'un législateur étranger.

Ce système soulève tout d'abord une grave objection. Ne méconnaît-il pas les droits de la souveraineté territoriale, qui s'opposent à l'importation sur le sol qu'elle régit de toute loi de provenance étrangère? M. de Savigny répond que les droits de la souveraineté se limitent à sa conservation et à sa défense; il leur fait une part suffisante en admettant, d'une manière générale, que toutes les lois *prohibitives* inspirées par un motif d'intérêt commun obligent tous ceux qui habitent le territoire, nationaux ou étrangers. Mais, dès que l'intérêt général n'est plus directement en cause, les droits souverains de l'État ne se trouvent nullement compromis, si on cesse d'appliquer exclusivement les lois qu'il a faites à tous les individus et à toutes les choses qui se trouvent dans ses limites, pour ne regarder qu'à la nature même du fait qu'il s'agit d'apprécier. D'ailleurs, les auteurs statutaires eux-mêmes, si respectueux pourtant de la souveraineté territoriale, reconnaissent que les lois concernant l'état et la capacité des personnes ne se restreignent pas au territoire où elles ont été promulguées. Peu importe que ce soit par une raison de courtoisie internationale, ainsi que le veulent les partisans de la doctrine des statuts, ou par une raison de droit, ainsi que l'enseigne M. de Savigny ; dans un système comme dans un autre, le juge est parfois tenu d'appliquer à la contestation qui lui est soumise les dispositions d'une loi étrangère.

Passant aux applications de son principe, M. de Savigny soumet à la loi du domicile de la personne, comme étant celle à laquelle elle s'est volontairement soumise, tout ce qui a trait à son état ou à sa capacité, à moins que la loi nationale du juge ne contienne une règle différente inspirée par l'intérêt moral ou économique du pays; dans ce cas la souveraineté territoriale reprend tous ses droits. C'est ainsi que l'étranger auquel la loi de son domicile permet la polygamie ne pourra, étant déjà marié, contracter un nouveau mariage sur le terri-

toire d'un État dont la législation condamne une semblable union comme immorale. C'est ainsi encore que l'individu déclaré incapable comme hérétique par la loi de son domicile devra être reçu à agir dans les pays où la loi et les mœurs repoussent les déchéances basées sur la distinction des croyances religieuses, etc.

S'agit-il de déterminer les droits de la personne sur les biens compris dans son patrimoine (*jura in re*), les moyens de les acquérir et d'en disposer, c'est à la loi de la situation des biens, à la loi du lieu où ils se trouvent, qu'il faut se référer : « Comme leur objet tombe sous nos sens et occupe une place dans l'espace, le lieu où ils se trouvent est en même temps le siège du rapport de droit dont ils fournissent la matière. Celui qui veut acquérir ou exercer un droit sur une chose se transporte avec cette intention dans le lieu qu'elle occupe, et pour ce rapport de droit spécial se soumet volontairement au droit de la localité. Ainsi donc, quand on dit que les droits réels se jugent d'après le droit du lieu où la chose se trouve (*lex rei sitæ*), on part du même principe que quand on applique à l'état de la personne la *lex domicilii* [1]. »

Sur ce point, comme pour l'état et la capacité des personnes, M. de Savigny se rencontre avec la doctrine statutaire ; mais, plus absolu que cette doctrine, il ne fait aucune distinction entre les objets mobiliers et les immeubles. Les uns comme les autres sont régis en principe par la loi du lieu où ils se trouvent.

Ainsi, lorsqu'il s'agira de décider quelle loi doit présider à une acquisition de propriété, abstraction faite de la capacité requise chez le cédant comme chez le cessionnaire, qui est gouvernée par la législation de leurs domiciles respectifs, c'est par la *lex rei sitæ* que l'on résoudra la question de savoir si l'objet est susceptible d'appropriation privée, s'il peut être acquis par occupation, par tradition, par usucapion. Et ce qui est vrai de la propriété tout entière, l'est aussi de ses démembrements. L'acquisition et l'exercice de tous les droits réels généralement quelconques sont soumis à la loi du lieu où se trouvent les biens sur lesquels ils portent. Mais, dans tous les cas, c'est la loi du domicile de la personne qui préside à la dévolution héréditaire de son patrimoine.

Enfin, pour déterminer la loi applicable au régime des obligations, M. de Savigny fait une distinction entre les *formes extérieures* du fait

[1] Savigny, *op. cit.*, t. VIII, § 366.

juridique dont résulte l'obligation, d'une part, qu'il soumet à la législation du lieu où ce fait s'est produit, la validité intrinsèque et les effets de l'obligation, de l'autre, qu'il régit, à moins d'une volonté contraire clairement manifestée, ou d'une nécessité résultant de la nature même des choses, par la loi du lieu où elle doit être exécutée[1].

Section IV. — *Réfutation des théories allemandes.*

Il nous reste à apprécier les systèmes formulés par les auteurs allemands sur le conflit des lois.

Rendons-leur tout d'abord ce témoignage qu'ils ont su, dans une large mesure, dégager la solution de ces conflits du chaos et de l'incertitude accumulés par la doctrine statutaire. En s'attachant, soit à la *lex fori*, soit à la loi du lieu où le rapport juridique qu'il s'agit de juger a pris naissance, soit à la nature même de ce rapport, MM. de Waechter, Schaeffner et de Savigny ont remplacé les théories empiriques de leurs devanciers par un critérium, sinon infaillible, tout au moins reposant sur l'idée immuable d'une communauté de droit existant entre les États. Ce n'est plus par une courtoisie vague et arbitraire, mais par la conception d'un droit commun et supérieur à toutes les nations qu'ils justifient l'application d'une loi en dehors des frontières du pays pour lequel elle a été faite. C'est là un progrès immense, qui a frayé la voie à toutes les réformes à suivre.

Mais si l'idée première dont découlent les théories allemandes est rigoureusement exacte, s'il est vrai que la solution des conflits de législations ne puisse être abandonnée à la bienveillance et à la volonté révocable d'une souveraintè peut-être jalouse et exclusive, les conséquences auxquelles elles ont abouti nous paraissent devoir être rejetées. Ceux qui les ont proposées en effet, semblent avoir subi, peut-être à leur insu, l'influence de la tradition féodale. Ils attribuent aux éléments matériels du rapport juridique à apprécier, au lieu où il est porté en justice, à celui où il s'est formé, à sa nature intrinsèque, une importance excessive; et leurs systèmes seront souvent d'une application difficile.

Obliger le juge à statuer d'après les lois de son propre pays, ainsi que le fait M. de Waechter, ce sera en fait refuser à l'étranger le béné-

[1] Parmi les partisans des idées de M. de Savigny, nous pouvons citer, en Allemagne, M. de Bar, en France, notre collègue et ami, M. Despagnet.

fice de sa législation d'origine et revenir à la territorialité la plus absolue et la plus oppressive. Il arrive souvent que plusieurs tribunaux soient également compétents, au choix du demandeur, pour connaître du litige; le droit applicable à chaque affaire pourrait donc dépendre de la volonté arbitraire d'une seule des parties; M. de Savigny déclare une semblable conséquence absolument inadmissible.

D'autre part, est-il toujours possible de déterminer avec certitude le lieu où une relation de droit a pris naissance? Toute relation peut avoir et doit avoir plusieurs termes ayant chacun peut-être un siège différent. Est-ce à son sujet ou à l'objet sur lequel elle porte qu'il faudra s'attacher? M. Schaeffner ne le dit pas. Enfin, la nature intrinsèque du rapport à apprécier, dont M. de Savigny fait la base de sa théorie, ne sera pas toujours aisée à préciser; loin de résoudre la difficulté, le savant auteur n'a fait que la déplacer, que la reproduire sous une autre forme[1].

On peut donc dire que les théories allemandes, quoique parties d'une idée plus juridique que celle des statuts, ne présentent pas, au point de vue pratique, plus d'exactitude et de garanties; elles ne donnent pas la dernière formule du droit international privé.

TITRE III

Théorie de la personnalité du droit.

Section I. — *Sa démonstration.*

Le problème dont le droit international privé poursuit la solution revient à rechercher dans quelle mesure les droits qui appartiennent à tout homme, même en dehors du territoire de sa patrie, sont compatibles avec ceux de l'État sur le sol duquel il en demande l'exercice, dans quelle mesure la *souveraineté personnelle* peut être conciliée avec la *souveraineté territoriale* de la loi.

[1] V. la critique du système de M. de Savigny, dans Pillet, *Journal du dr. int. pr.*, 1894, p. 422, note 1. Notre savant collègue a lui-même développé, dans son beau livre, *Des principes du droit international privé*, une thèse très ingénieuse et très personnelle sur la solution du conflit des lois, qui s'écarte absolument des idées reçues jusqu'à ce jour.



La théorie des statuts et les théories allemandes sont, nous l'avons vu, impuissantes à résoudre cette question avec certitude, quoiqu'elles aient contribué à l'éclaircir, l'une en réclamant, au nom de la *comitas gentium*, le bénéfice de l'exterritorialité pour certaines lois plus particulièrement relatives à la personne, les autres en attribuant pour base à cette exterritorialité, non plus un motif de convenance réciproque, mais une raison strictement juridique.

Le critérium que ces théories n'ont pu dégager d'une manière sûre et complète, nous croyons qu'il est possible de le trouver dans la doctrine de la *personnalité du droit.*

Cette doctrine est moderne, et italienne par son origine. Affirmée pour la première fois en 1851 par Mancini, dans un discours célèbre, elle est enseignée aujourd'hui par la plupart des jurisconsultes de la Péninsule qui ont écrit à une époque récente sur le droit international privé, et elle gagne sans cesse des adhésions nouvelles dans les autres contrées de l'Europe[1].

Nous la formulerons ainsi :

*La loi, lorsqu'elle statue sur un intérêt privé, a toujours pour objet l'utilité de la personne ; elle ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite, mais ceux-là, elle doit, en principe, les régir en tous lieux et dans tous leurs rapports juridiques, sauf les exceptions ou atténuations qui résultent de l'*ordre public international*, de la règle* locus regit actum, *de l'*autonomie de la volonté.

Laissons pour un instant de côté les exceptions, qui trouveront place dans les sections suivantes, et contentons-nous de démontrer la règle.

L'État est avant tout un *agrégat de personnes*, réunies par un lien contractuel de sujétion commune. Mais, pour qu'il puisse assurer à chacune de ces personnes les garanties et la protection qu'elle a le droit d'attendre de lui, il faut que cet État ait un *territoire.* Sa puissance s'exerce donc à la fois sur les personnes et sur le sol ; mais ces deux éléments sont d'importance très inégale. Privé de sujets, l'État ne se conçoit même pas, tandis que l'imagination peut à la rigueur concevoir un État dénué de territoire et réduit à sa seule souveraineté personnelle. Les tribus sauvages de l'Amérique et celles qui habitent les déserts africains n'ont pas à vrai dire de territoire, et

[1] Elle est enseignée en France par M. Durand, *Essai de droit international privé*, Paris, 1884, par M. Audinet et par MM. Surville et Arthuys, dans leurs ouvrages précités. M. Laurent a été en Belgique un de ses plus illustres défenseurs.

cependant elles constituent dans une certaine mesure des États, ayant une organisation, qui, pour être imparfaite, ne leur garantit pas moins une existence indépendante et autonome. Suivant une ingénieuse remarque, le territoire est à l'État ce que le domicile est à la personne; il n'est pas plus l'État que le domicile n'est la personne. C'est donc par ses sujets et pour ses sujets que l'État existe; sa *souveraineté territoriale* n'est que l'accessoire, que la dépendance de sa *souveraineté personnelle*.

Cette dernière, qui se manifeste par le droit qui appartient à l'Etat de donner des lois à ses nationaux, ne connaît pas de frontières territoriales. Ce serait violer la souveraineté égale des autres États que de prétendre imposer à ceux qui s'y rattachent l'application des lois étrangères, à moins que l'intérêt général ne l'exige, mais d'autre part ce serait abdiquer sa propre souveraineté que de renoncer au droit exclusif de gouverner la condition juridique de ses nationaux expatriés.

Quelle loi d'ailleurs est plus appropriée que la loi nationale aux intérêts et aux besoins de la personne? Les lois, nous l'avons dit avec Montesquieu [1], sont en rapport direct avec la race et le tempérament naturel de ceux qu'elles régissent. « Les qualités distinctives et immanentes sont la conséquence de la race, des usages, des traditions, du lieu d'origine, et de tout l'ensemble des éléments qui constituent le caractère et le génie civil de chaque peuple et de chaque nation... Il semble par conséquent plus raisonnable de dire que les qualités fondamentales juridiques de la personne sont réglées partout par les lois de sa patrie [2]. »

Cependant un grand nombre d'auteurs, soit anciens, soit modernes, tout en reconnaissant que certaines lois peuvent franchir les limites du territoire où elles ont été promulguées, donnent la préférence à la *loi du domicile* sur la *loi nationale*.

C'est à son domicile, disent-ils, que la personne accomplit la plupart des actes de sa vie juridique; c'est là que son caractère se développe, que ses mœurs se forment, que son individualité s'affirme. La loi du domicile est donc plus conforme à sa nature que celle d'un État auquel le rattache une sujétion souvent purement nominale. D'ailleurs le seul fait d'avoir fixé son principal établissement sur la

[1] Montesquieu, *Esprit des lois*, livre I, chapitre 3.
[2] Fiore, *Droit international privé* (trad. Pradier-Fodéré), p. 85.

terre étrangère dénote chez l'émigrant la volonté de renoncer à sa législation nationale, de s'identifier avec le milieu dans lequel il est désormais appelé à vivre et à exercer ses droits; l'acquisition d'un domicile à l'étranger implique soumission à la loi de ce domicile [1].

Ce système ne nous satisfait pas; nous ne pouvons admettre que le domicile soit une base suffisante pour la souveraineté personnelle de l'État. Qu'est-ce en effet, que le domicile d'une personne? c'est le centre actuel de ses intérêts et de ses affaires. Or, l'assiette de ce domicile manque de précision et surtout de fixité. Il n'est pas toujours facile de déterminer avec exactitude en quel endroit tel individu a son principal établissement; et de toute manière cet établissement ne peut rendre compte de son état intellectuel et moral; car comment croire que le séjour, peut-être momentané, qu'il fait en pays étranger ait modifié à tel point sa nature qu'il devienne nécessaire de lui appliquer une loi nouvelle? La condition civile des personnes ne saurait d'ailleurs s'accommoder des vicissitudes et des variations auxquelles la soumettrait tout changement de domicile. L'application de la loi nationale au contraire lui garantit une fixité relative.

En vain nous objecterait-on l'opinion des anciens statutaires? A l'époque où ils écrivaient, il ne pouvait être question de loi nationale; l'unité de législation n'existait pas; et c'est par le domicile seulement que chaque personne relevait de telle coutume plutôt que de telle autre, comprise dans le même État; par la force même des choses, le domicile était donc le seul critérium applicable aux conflits de coutumes.

Au reste, même parmi ceux qui se sont prononcés pour la *lex domicilii*, beaucoup s'en tiennent au domicile d'origine et refusent aux changements qui peuvent lui être apportés toute l'influence sur l'état juridique des personnes. Leur doctrine se confond ainsi dans la plupart des cas avec la nôtre, puisque c'est ordinairement, si ce n'est toujours, dans sa patrie, que chacun a son domicile d'origine.

Cependant nous ne prétendons pas refuser à la loi du domicile toute application théorique à la solution des conflits de lois. Dans certaines hypothèses exceptionnelles, il sera possible d'y recourir,

[1] Les législations du Danemark et de la République argentine et la jurisprudence anglo-américaine se prononcent en faveur de la *lex domicilii*, toutes les fois qu'elles autorisent l'application de la loi personnelle. V. aussi le traité sud-américain de droit international privé de 1889.

lorsque la loi nationale de l'intéressé y renvoie, ou, à titre subsidiaire, lorsque le critérium de la nationalité ne fournit pas les éléments d'une solution, soit que la personne n'ait pas de patrie ou en ait deux à la fois, soit que le conflit s'élève entre deux législations civiles coexistant dans le même État, par exemple entre deux lois de l'Amérique du Nord, entre deux lois cantonales suisses [1].

Théorie du renvoi en droit international privé. — En dehors de l'hypothèse où l'étranger dont la condition est en jeu n'a pas de patrie certaine, il est, avons-nous dit, un cas dans lequel la loi du domicile prendra la place qui appartient de droit à la loi nationale de l'étranger : c'est lorsque cette dernière aura elle-même renoncé, en sa faveur, à son empire exclusif sur ceux qu'elle gouverne, aura elle-même soumis à la loi du lieu où ils ont fixé leur principal établissement la solution des litiges auxquels ils peuvent se trouver intéressés ou mêlés.

Le Code civil italien dispose, dans son article 6, que « l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille sont réglés par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent ». Ce texte, que nous choisissons à dessein comme exemple, est plus large que l'article 3, § 3 du Code civil français, auquel il correspond ; il pose une règle générale ; il vise non seulement l'Italien qui s'expatrie, mais encore l'étranger qui se trouve, avec ou sans esprit de retour, sur le sol italien ; à l'un comme à l'autre il applique les dispositions de leurs lois nationales respectives. Mais que l'étranger domicilié en Italie se rattache précisément par sa nationalité à un pays, tel que l'Angleterre, dont la législation repose sur le domicile et laisse à la loi du domicile, cette loi fût-elle une loi étrangère, le soin de fixer l'état et la capacité de ses ressortissants, nous n'hésitons pas à dire que c'est cette dernière seule qui doit être prise en considération par le juge italien ; ce n'est pas la loi anglaise, loi nationale de l'étranger, qu'il appliquera à son état, à sa capacité, à ses relations de famille ; c'est la loi italienne, loi de son domicile [2].

Cette opinion est loin d'être acceptée par tout le monde ; elle a trouvé dans la doctrine des adversaires considérables, et il faut reconnaître que les raisons ne manquent pas pour la combattre [3].

[1] V. notamment la loi fédérale suisse du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.

[2] Ch. Brocher, *Cours de droit international privé*, t. I, p. 167.

[3] Laurent, note dans Sirey, 1881. 4. 41 ; J.-E. Labbé, dans le *Journal du dr.*

On invoque, en premier lieu, les droits souverains du législateur au nom duquel les magistrats saisis du conflit rendent la justice. Seul ce législateur est qualifié pour dire quelle est la loi qui convient à la solution de ce conflit; il serait indigne de lui de se mettre à la remorque d'une loi étrangère. Dès qu'il a décidé que c'est la loi nationale de l'étranger qui lui est applicable, c'est cette loi, et non pas une autre, dont le juge doit consulter les dispositions. « Peu importe, écrivait notre regretté maître, le professeur Labbé, que la loi étrangère n'adopte pas le même principe que la nôtre sur la détermination de la loi compétente, nous ne nous inclinons pas devant la loi étrangère pour accepter d'elle une théorie du droit des gens; nous empruntons à la loi étrangère la solution d'un point de droit relatif au fond du litige, et nous disons à nos juges : telle est, suivant nous la solution juste et correcte, la solution que nous vous ordonnons d'observer[1]. » M. Pillet n'est pas mois affirmatif en ce sens : « Lorsque l'on dit que le statut personnel d'un individu est déterminé par sa loi nationale, cela ne signifie pas que ce sera à sa loi nationale de déterminer quel statut personnel on lui donnera, cela signifie que les dispositions de cette loi nationale lui serviront de statut personnel. En décider autrement, c'est décider implicitement que, sur la question de détermination du statut personnel, la France est liée à la manière de voir d'un pays étranger, quand bien même cela devrait contrarier les doctrines reçues en France sur la question, et cette idée est absolument contraire à l'égalité respective, à l'indépendance des États dans la détermination des règles du droit international[2]. »

En vérité, nous avouons ne pas comprendre de pareils scrupules; nous avouons ne pas comprendre en quoi la dignité du législateur italien se trouvera amoindrie par l'application de la loi italienne à l'état et à la capacité d'un sujet anglais domicilié dans son ressort, à l'exclusion de la loi anglaise elle-même. Les règles que le Code civil italien a jugées propres à résoudre les conflits internationaux de législations n'en reçoivent aucune atteinte. Ces règles ont pour objet de concilier les droits de la souveraineté de la loi locale et ceux de la

nt. pr., 1885, p. 5 et s.; Pillet, *ibid.*, 1894, p. 721; Lainé, *La Conférence de La Haye relative au droit international privé*, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1894, p. 248; Le même, *De l'application des lois étrangères en France et en Belgique*, *ibid.*, 1896, p. 241 et s.

[1] J. E. Labbé, *loc. cit.*

[2] Pillet, *loc. cit.*

souveraineté personnelle de la loi à laquelle ressortit l'étranger. Mais dès que cette dernière ne réclame pas tous les avantages qui lui sont offerts, dès qu'elle s'en remet à la loi du domicile, comme à la plus convenable au litige, dès qu'elle consent à ne pas protéger elle-même son national, le rôle du législateur local n'est pas d'imposer à celui-ci une protection que son propre pays lui refuse. A vrai dire, il n'y a plus de conflits de lois ; le conflit est dénoué d'un commun accord. Et, lorsque le juge italien applique au sujet anglais dont les droits sont en suspens devant lui la loi de son domicile italien, il ne contrevient nullement à l'article 6 du Code civil ; il lui applique, en réalité, sa loi nationale, la loi anglaise, puisque c'est cette loi elle-même qui consacre le renvoi à la *lex domicilii.*

On insiste. Accepter le renvoi d'une loi étrangère et sacrifier à ses injonctions le système général par lequel le législateur local a cru pouvoir assurer la solution des conflits de lois, ce n'est pas seulement abdiquer sa souveraineté, c'est encore tourner dans un cercle vicieux, c'est rendre toute solution impossible. Le renvoi fait par la loi nationale à la loi du domicile, dans l'hypothèse que nous avons prévue par la loi anglaise à la loi italienne, aura pour conséquence de rendre cette dernière applicable à l'Anglais domicilié en Italie : il sera donc soumis à l'article 6 du Code civil italien ; or cet article consacre précisément l'empire exclusif de la loi nationale sur tous ses ressortissants ; c'est donc encore la loi anglaise qui devra être prise en considération, en vertu même de la *lex domicilii.* Et le circuit n'aura pas de fin.

Il y a là, croyons-nous, une confusion. Lorsque la loi nationale de l'étranger, à laquelle il appartient de gouverner son état et sa capacité, délègue sa compétence à la loi du lieu où cet étranger a fixé son domicile, ce n'est pas en ce qui concerne les principes généraux applicables à la solution du conflit des lois, c'est uniquement au regard des dispositions du droit interne qui, en dehors de toute difficulté internationale, sont relatives à l'état, à la capacité des personnes, aux rapports de famille. L'intention du législateur anglais, lorsqu'il manifeste sa préférence pour la *lex domicilii,* n'a pas été bien certainement de permettre à cette loi de lui renvoyer la solution du conflit qu'il lui défère, de laisser en définitive à cette loi le choix du meilleur système de droit international privé ; il a entendu que la loi du domicile ait le dernier mot, comme étant plus appropriée que toute autre à cette solution ; c'est à cette loi que le circuit doit s'arrêter ;

et le prétendu cercle vicieux que l'on nous dénonce est purement imaginaire.

Rien ne s'oppose donc à ce que le pays du domicile et les tribunaux qui y sont institués acceptent la délégation législative qui leur est faite; et nous pouvons ajouter en faveur de ce système, que la jurisprudence a maintes fois consacré aussi bien en France[1] et en Belgique[2] qu'en Italie[3], que le nouveau Code civil allemand vient lui-même d'adopter[4], une considération éminemment pratique, c'est qu'il y a tout avantage pour le pays de renvoi à ce que ses juges, en appliquant la *lex domicilii*, statuent comme l'aurait fait la juridiction nationale de l'étranger, si elle avait été saisie du litige; par là on garantira à leur sentence, en pays étranger, l'*exequatur* dont elle aura presque toujours besoin pour sortir ses effets, et l'on étouffera dans l'œuf un nouveau conflit prêt à éclore. N'est-ce pas d'ailleurs le but même du droit international privé que d'assurer aux contestations qui mettent aux prises deux ou plusieurs lois différentes une solution, toujours la même, quel que soit le lieu dans lequel elles se produisent?

La règle, suivant laquelle c'est à la loi nationale qu'il appartient de régir la condition de ses ressortissants émigrés, comporte donc, aussi bien dans notre opinion que dans celle des partisans modernes de la théorie des statuts, certaines concessions, plus apparentes que réelles, à la loi du domicile. Mais où nous nous séparons absolument de l'école statutaire, c'est en ce qui concerne la délimitation du domaine des lois admises à l'exterritorialité. Notre formule comprend à la fois les dispositions qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes, et celles qui ont principalement les biens pour objet. La distinction proposée par les statutaires entre les *lois personnelles* et les *lois réelles* est inutile et arbitraire; nous l'écartons sans hésitation. Toutes les lois, en effet, sont personnelles, en ce sens que toutes procèdent plus ou moins de la personne; et ceci est vrai même des lois qui s'occupent plus particulièrement et plus directement de son patrimoine. Avant tout, ces lois se proposent de pourvoir au bien-être

[1] Alger, 20 février 1875 (*Journal du dr. int. pr.*, 1875, p. 275); Cass., 5 mai 1875 (J. P. 1875. 1036; D. P. 1875. 1. 343; *Journal du dr. int. pr.*, 1875, p. 358); Cass., 24 juin 1878 (Sir., 1878. 1. 429; D. P. 1879. 1. 56); Cass., 22 février 1882 (Sir., 1882. 1. 393; D. P. 1882. 1. 301).

[2] Cass., Belgique, 9 mars 1882 (Sir., 1882. 4. 19).

[3] Cass., Florence, 1er décembre 1884 (*Ann. della giurispr. ital.*, 1885. 1. 67).

[4] C. civ. allemand, loi d'introduction, art. 27.

et à l'utilité de l'homme, qui est l'objet essentiel de leurs dispositions, auquel tout se rapporte, et ce n'est qu'exceptionnellement que l'on trouve, parmi les règles relatives aux biens, certaines prescriptions ou certaines prohibitions, commandées par l'intérêt général de la société, et dont nous verrons ci-dessous que l'État ne peut se départir. Lois personnelles et lois prétendues réelles ne gouvernent donc, en général, que ceux pour qui elles ont été faites, mais les accompagnent partout où il leur plaît de se rendre.

La dénomination ancienne et traditionnelle de *statuts personnels* et de *statuts réels* ne correspond ainsi plus à la classification des lois en dispositions, qui régissent le territoire et tout ce qui s'y trouve, et en dispositions dont l'action s'étend au-delà. Nous préférerions, pour éviter toute confusion, donner aux unes le nom de *lois territoriales*, aux autres celui de *lois extraterritoriales;* néanmoins, il nous arrivera souvent de nous conformer aux vieilles habitudes de langage, et d'employer les mots *statuts réels* et *statuts personnels* comme synonymes de *lois territoriales* et de *lois extraterritoriales*.

Section II. — *Restriction basée sur l'ordre public international*[1].

Nous avons fait la part très grande des droits de l'individu. Reste à faire celle des droits de la souveraineté territoriale; à ces droits correspond la restriction qui résulte, pour la doctrine de la personnalité, de l'*ordre public international.*

Si l'État doit en général admettre sur son territoire l'application des lois étrangères, en vertu des principes qui viennent d'être posés, il a, ceci n'est contesté par personne, le droit de se conserver et de se défendre, et par suite de repousser les lois qui contredisent les bases fondamentales sur lesquelles son organisation est assise. Deux intérêts étant en opposition, d'une part l'intérêt de la société locale, de l'autre l'intérêt de l'individu étranger, c'est ce dernier qui doit céder.

Dans tous les conflits qui peuvent s'élever entre la loi personnelle de l'individu et la législation locale, il faut donc avant tout rechercher si l'intérêt général de l'État ne réclame pas l'application exclu-

[1] V. Despagnet, *L'ordre public en droit international privé* dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1889, p. 5 et s., p. 207 et s.; Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*, Paris et Grenoble, 1890; De Bustamante, *El orden publico, Estudio de derecho internacional privado*, Habana, 1893.

sive de cette dernière. Et nous nous trouvons ainsi amené à mettre en regard des lois d'intérêt exclusivement particulier, dont l'étranger peut invoquer la protection loin de son pays, les lois d'intérêt général qui s'imposent toujours à son observation sur le territoire où elles ont été édictées. Nous comprendrons ces dernières sous le nom de lois *d'ordre public international.*

La notion de *l'ordre public* est par elle-même si obscure, si incertaine, qu'il est utile, croyons-nous, de l'expliquer par une épithète. On pourrait croire en effet que l'ordre public qui s'oppose à l'application d'une loi personnelle étrangère sur un territoire donné, en France par exemple, n'est autre que celui dont il est si souvent question dans nos lois civiles. Et cependant, s'il y a analogie dans leur point de départ, il n'y a pas identité dans leurs effets.

L'ordre public auquel les nationaux ne peuvent contrevenir, *l'ordre public interne* en un mot, exerce son influence dans le sein d'un seul et même État, dans le ressort d'une seule et même loi, dans les rapports d'un souverain et des sujets que leur nationalité soumet à son autorité. *L'ordre public international* au contraire apparaît dans les rapports d'un individu et d'un État auquel il n'appartient pas par son origine. L'étranger émigré n'est pas le sujet du souverain sur le territoire duquel il se trouve, et s'il doit parfois obéissance à ses lois, c'est uniquement pour que l'hospitalité qui lui est accordée ne soit pas pour l'État une cause de désorganisation ou de scandale.

L'ordre public international, comme *l'ordre public interne*, procède de l'intérêt général; mais l'intérêt général a moins d'exigences dans un cas que dans l'autre, et un simple exemple suffira à nous en rendre compte.

Il est aujourd'hui généralement admis que les lois concernant l'état et la capacité des personnes les suivent en pays étranger. Un sujet hollandais ne sera réputé majeur, et par suite capable d'accomplir les actes de la vie civile sur notre territoire, qu'à l'âge de vingt-trois ans, fixé par sa législation nationale; et nul ne songe à lui appliquer, dans tous les cas, la disposition de l'article 488 du Code civil français qui déclare majeurs les Français âgés de vingt et un ans accomplis. Cette disposition n'est donc pas une disposition *d'ordre public international.* Et cependant elle touche bien évidemment à *l'ordre public interne*, en ce sens qu'il ne serait pas permis à des Français d'y contrevenir par leurs conventions, de stipuler, par exemple, qu'ils

seront capables de contracter à vingt ans. Semblable stipulation n'aurait aucune valeur (C. civ., art. 6).

D'où vient cette différence? De ce que l'intérêt général de l'État français veut que les personnes, sur lesquelles sa souveraineté s'exerce à raison de leur nationalité, ne puissent éluder les lois auxquelles il a jugé nécessaire de les soumettre, tandis que cet intérêt ne sera nullement compromis en général si l'état et la capacité d'un étranger, sur lequel la souveraineté française n'étend aucune action personnelle, continuent à être régis chez nous par la loi de son origine.

Les deux ordres publics, dont nous avons ainsi déterminé l'existence parallèle, ne sont donc pas identiques. Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'ordre public international rentre dans l'ordre public interne, dont il forme une subdivision. Les règles qui sont d'ordre public international, en ce sens que l'application des lois étrangères ne peut y porter atteinte, sont par cela même, et à plus forte raison, d'ordre public interne, en ce sens que les conventions particulières des nationaux ne sauraient les enfreindre. Mais la réciproque ne serait pas vraie, et ce serait une erreur de croire que les simples dispositions d'ordre public interne sont protégées contre l'application des lois étrangères : ce que nous venons de dire des lois d'état et de capacité suffit à le prouver.

Il est maintenant indispensable de chercher à préciser le domaine de l'ordre public international. Quand peut-on dire qu'il met obstacle à l'application d'une loi étrangère?

Il n'est pas douteux que l'étranger ne doive obéissance aux lois constituant le *droit public* de l'État sur le territoire duquel il demande à exercer ses droits. C'est le droit public qui détermine le gouvernement et la constitution du pays, qui règle l'exercice de la souveraineté, l'organisation judiciaire, la compétence des tribunaux, qui fixe les droits du citoyen et qui leur assigne des limites. Toutes ces règles intéressent au plus haut degré la conservation de l'État, et il ne peut dépendre d'un seul individu, d'un étranger, de venir s'insurger contre elles et réclamer chez nous, de par sa loi personnelle, des droits plus étendus que ceux dont jouissent nos propres nationaux. Les droits publics reconnus à l'étranger sur le sol français sont donc soumis à toutes les restrictions qui les atteignent entre les mains des Français eux-mêmes. Il ne pourra, en excipant de sa législation nationale, se soustraire aux limitations que reçoivent la liberté individuelle, celle de la presse, celle de réunion, etc. Et parmi les lois de droit

public, il faut comprendre en principe toutes celles qui gouvernent le régime et l'organisation de la propriété foncière. Le territoire de l'État étant formé de l'ensemble des immeubles qui s'y trouvent, leur régime a pour l'État, quelle que soit d'ailleurs la nationalité de leurs propriétaires, une importance très grande, et l'on comprend qu'il ne puisse tolérer sur son sol des législations étrangères qui viendraient ruiner et frapper d'impuissance les règles qu'il a lui-même édictées, en vue, par exemple, d'assurer l'égalité des terres et de rendre impossible le rétablissement du régime féodal, dans les pays où ce régime a cessé d'exister?

De même *l'ordre public international* comprend, en général, les lois ayant un caractère pénal, tout au moins lorsqu'elles sanctionnent une règle d'action ou d'inaction applicable aux étrangers eux-mêmes. La répression est fondée avant tout sur l'atteinte que l'infraction a portée à la morale publique, dont l'État a la garde; elle est une mesure de protection sociale et, dans la limite du juste, un acte de légitime défense. L'État lésé n'a pas à voir de qui émane la lésion; il suffit qu'elle existe pour qu'il ait le droit d'en punir les auteurs, et de les punir suivant les lois qu'il a lui-même établies, qu'il a reconnues nécessaires. Son existence ne serait plus suffisamment protégée, si un malfaiteur étranger pouvait venir invoquer, à l'encontre de la loi territoriale, trop rigoureuse à son gré, les dispositions plus bienveillantes de sa loi personnelle. Il est inutile d'insister davantage.

Mais, en dehors des lois de droit public et des lois pénales, à quel signe reconnaîtra-t-on qu'une loi est d'ordre public international et doit en conséquence l'emporter sur la loi personnelle de l'étranger? C'est au juge qu'il appartiendra de le dire, et pour cela, il devra sans cesse avoir l'œil fixé sur le but que le législateur, au nom duquel il rend la justice, s'est proposé d'atteindre en prenant telle ou telle disposition. Si ce but a été de pourvoir à l'intérêt général, ou tout au moins à l'idée parfois erronée que le législateur s'en est faite, sous le rapport économique, moral ou religieux, et que cet intérêt général semble devoir être compromis par l'application d'une législation étrangère, le juge ne doit pas hésiter à laisser cette dernière de côté et à trancher par la *lex fori* le différend dont il est saisi.

Peut-être critiquera-t-on ce pouvoir d'appréciation si large que nous attribuons aux tribunaux, et regrettera-t-on que les différentes législations n'aient pas cru devoir le limiter, en donnant l'énumération complète et précise des dispositions d'ordre public international?

Cependant leur silence nous paraît s'expliquer et se justifier par la difficulté presque insurmontable que rencontre en cette matière toute définition. L'intérêt général, qui est la base de l'ordre public international, est chose essentiellement mouvante; il n'était pas hier ce qu'il est aujourd'hui, et il est utile de laisser aux juges la faculté de modeler leurs décisions sur les circonstances, sur la marche des idées, sur le progrès ou sur l'altération des mœurs. Qui, par exemple, aurait hésité, avant la loi du 27 juillet 1884, à considérer le divorce comme contraire en France à l'ordre public international? Et cependant aujourd'hui que le divorce a repris dans nos lois sa place ancienne, il a perdu ce caractère. La notion de l'ordre public international est donc contingente; elle subit la loi du temps et du milieu, et il serait fâcheux qu'elle fût condamnée à l'immobilité par une définition législative, qui serait nécessairement imparfaite.

Section III. — *Atténuation résultant de la règle* Locus regit actum [1].

Le deuxième tempérament que comporte la doctrine de la personnalité du droit est relatif à la *forme* des actes juridiques.

Un étranger fait un testament ou intervient à un contrat, en dehors du territoire de son pays. Devra-t-il se soumettre aux règles de forme édictées par sa loi nationale pour les actes juridiques de même nature, ou suffira-t-il qu'il ait satisfait aux prescriptions de la loi locale?

C'est à cette dernière solution que l'adage *Locus regit actum* donne la préférence, et la règle posée par cet adage, dont l'origine est très lointaine, est aujourd'hui acceptée par tous les auteurs; on peut dire qu'elle dérive de la *coutume internationale*, en ce sens que, même en l'absence de tout accord diplomatique, la validité de l'acte passé dans les formes locales est universellement reconnue.

Pour en bien comprendre la signification, nous rechercherons successivement :

1° A quels éléments de l'acte juridique la règle *Locus regit actum* est applicable;

[1] V. L. Duguit, *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils*, Paris, 1882; Buzzati, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili*, 1894.

2° Quel est son fondement rationnel;
3° Si elle est obligatoire ou facultative.

1° *A quels éléments de l'acte juridique la règle* Locus regit actum *est-elle applicable?*

Tout acte juridique, considéré en lui-même, se décompose en deux éléments : l'un, *intrinsèque*, qui comprend les conditions requises pour que cet acte soit valable, en dehors de toute manifestation extérieure de son existence; à cet élément appartiennent, dans un contrat, la capacité des parties, leur consentement, l'objet et la cause de leurs engagements : l'autre, *extrinsèque;* c'est celui qui, indépendant du fait juridique lui-même, n'a d'autre objet que de constater son existence, et d'en rendre la preuve facile, au cas où elle viendrait à être contestée; il consiste tantôt dans la rédaction d'un écrit, tantôt dans la présence d'un officier public, tantôt dans certaines mesures de publicité.

De ces deux éléments, lequel tombe sous le coup de la règle *Locus regit actum?* Ce n'est pas le premier; car ce qui touche à la capacité des contractants est du domaine de leurs lois personnelles, et la validité de la convention elle-même, abstraction faite des formalités extérieures qui l'ont entourée, doit être appréciée suivant certaines règles que nous retrouverons bientôt, et qui se résument dans l'*autonomie de la volonté.*

Presque tout le monde est aujourd'hui d'accord pour limiter à l'élément extrinsèque, aux formes extérieures de l'acte, l'application de la règle *Locus regit actum.*

Cette règle permettra donc à l'étranger, s'il veut faire constater en la forme authentique un contrat de vente par lui consenti en France, de recourir au ministère d'un notaire, en observant toutes les conditions imposées par la loi organique du 25 ventôse an XI, pour la rédaction des actes notariés. Et de même, si un acte sous-seing privé lui paraît suffisant, il pourra le rédiger dans les formes établies par les articles 1325 et 1326 du Code civil, alors que sa législation nationale contiendrait des prescriptions différentes. Dans l'un et l'autre cas, l'acte de vente sera pleinement valable, comme ayant été passé conformément à la loi locale.

Mais une question très délicate à résoudre est celle de savoir si la règle *Locus regit actum* est applicable même aux formalités auxquelles la loi nationale de la personne en cause soumet certains actes

juridiques, *ad solemnitatem*, c'est-à-dire sous la sanction de leur nullité.

Prenons un exemple. En France la donation est un contrat solennel; elle doit, à peine de nullité, être effectuée dans la forme des actes notariés (C. civ., art. 931). Un Français fait à l'étranger, dans un pays où la loi locale n'exige pas l'intervention d'un notaire, une donation par acte sous-seing privé. Les tribunaux français devront-ils tenir cette donation pour valable, par application de la règle *Locus regit actum?*

Certains auteurs tiennent la négative, et ils allèguent, à l'appui de leur opinion, que la *solennité* est un élément intrinsèque de l'acte, une protection accordée par la loi au national contre les surprises qu'un acte sous-seing privé pourrait lui réserver, et que dès lors il ne peut être question de faire bénéficier cet acte d'une règle, uniquement relative à ses formes extérieures, n'ayant d'autre but que de garantir la libre expression de la volonté des parties en cause, et de faciliter la démonstration de cette volonté. Mais il nous suffira de faire observer — et l'objection est décisive — que ceux qui prétendent soustraire à la règle *Locus regit actum* les actes solennels arrivent en fait à refuser aux étrangers la faculté d'accomplir certains actes loin de leur pays. Peut-être en effet n'existe-t-il sur le territoire où le Français veut opérer sa donation aucun officier public ayant compétence pour lui donner l'authenticité, et, en admettant même qu'il n'en soit pas ainsi, rien ne prouve que le notaire étranger ne refusera pas son ministère au donateur français, à raison de son extranéité. La solution de la question se rattache donc étroitement au point de savoir quel est le fondement rationnel de la règle *Locus regit actum;* et lorsqu'il sera démontré que cette règle se justifie avant tout par la nécessité internationale de permettre à la personne d'accomplir en tous lieux les actes de la vie juridique, son application, même aux contrats solennels, ne sera pas douteuse, dans le cas tout au moins où une disposition formelle et non équivoque de la loi personnelle de l'intéressé ne lui en aurait pas refusé le bénéfice.

2° *Quel est le fondement rationnel de la règle* Locus regit actum?

Les anciens auteurs rattachaient volontiers cette règle à une soumission volontaire et momentanée de l'étranger à la loi du lieu où il passe un acte : « L'étranger, dit Hert, devient, *quant à ses actes*, sujet temporaire de l'État dans lequel il agit, tout en restant sou-

mis d'ailleurs, quant à sa personne, aux lois de son pays[1]. » Mais cette explication ne nous paraît pas suffisante pour rendre compte de la règle *Locus regit actum*. On ne comprend pas bien pourquoi l'étranger soumis, relativement à ses actes, à la souveraineté locale, continue à relever dans son état, dans sa capacité, de sa loi personnelle. D'autre part, s'il est réputé s'être volontairement soumis à la souveraineté de l'État où l'acte est intervenu, c'est une raison pour que cet acte soit valable dans les limites territoriales de cette souveraineté; mais en dehors de ces limites, il ne sera pas nécessairement reconnu. Or, l'un des caractères de la règle *Locus regit actum* est d'être universelle, et de rendre l'acte passé conformément à la loi locale pleinement valable en tous lieux, notamment dans la patrie de son auteur. Cette portée internationale de notre règle nous montre qu'elle repose sur autre chose que sur une prétendue soumission de l'étranger à la souveraineté locale.

La règle *Locus regit actum* se justifie, suivant nous, par une double raison, l'une théorique, l'autre d'utilité pratique. Tout d'abord il paraît *a priori* naturel de déclarer valable tout acte qui a satisfait aux *conditions de forme* posées par la loi locale. Les formes extérieures dont un acte juridique est revêtu ont pour but de protéger ceux qui y interviennent contre toute fraude et contre toute pression. Et ces formes varient nécessairement avec la situation morale du pays, avec le caractère de ses habitants. Telle mesure de précaution ou de défiance, ici absolument indispensable, deviendra superflue dans l'État voisin. A la loi territoriale seule il appartient donc d'apprécier de quelles garanties l'acte doit être entouré pour être présumé sincère. Dès que les formes qu'elle exige ont été observées, la sincérité de l'acte est probable, et on comprend qu'à ce titre il puisse être invoqué partout.

D'autre part, la règle *Locus regit actum* est d'une utilité, nous pouvons même dire, d'une nécessité pratique incontestable. Il est souvent impossible de s'en tenir, en faisant un acte sur un territoire donné, aux conditions de formes établies par la loi nationale des parties. Parfois les autorités locales refuseront un concours réclamé par cette dernière; parfois même il n'existera, au lieu où l'acte doit être passé, aucun officier public ayant des attributions analogues à celles de l'officier institué par la législation de l'étranger. Et, dans

[1] Hertius, *De collisione legum*, § 10, n° 1.

un cas comme dans l'autre, l'obligation imposée à la personne d'observer, quel que soit le lieu de sa résidence, les conditions de forme établies dans son pays pour les actes juridiques, équivaudrait à une interdiction absolue. L'intérêt général des États, basé sur le développement du commerce international, proteste, aussi bien que celui des particuliers, contre un régime aussi tyrannique.

Mais, dit-on, la nécessité dont s'autorise la règle *Locus regit actum* et qui lui sert de justification, n'existe pas lorsqu'il s'agit d'un acte sous signature privée. Ne semble-t-il pas qu'alors il n'y ait aucune raison pour affranchir l'étranger de l'observation des formes prescrites par sa loi d'origine, auxquelles rien ne l'empêche de se soumettre? L'objection est sérieuse et a entraîné la conviction de plusieurs auteurs; nous ne la croyons cependant pas irrésistible. Ce serait faire payer bien chèrement à une personne qui depuis longtemps a quitté sa patrie l'ignorance, après tout excusable, où elle se trouve des formalités auxquelles sa législation nationale subordonne la validité des actes, que de frapper de nullité par exemple l'écrit sous-seing privé qui ne porterait pas la mention du *bon pour*, le testament qui n'aurait pas été entièrement libellé de la main de son auteur, alors que la loi du lieu où ils ont été faits admet leur régularité. Il faut le dire d'ailleurs, les parties qui règlent elles-mêmes leurs affaires sont rares; le plus souvent elles font appel à l'expérience et confient la rédaction de leurs actes à des hommes de loi, et ceux-ci, incapables de leur conseiller l'emploi de formes qui leur sont étrangères, ne s'occuperont que d'observer les règles en usage au lieu où ils exercent leur profession. Notre règle n'est donc pas moins utile aux actes sous-seing privé qu'aux actes authentiques.

Mais, de ce que la restriction que la règle *Locus regit actum* apporte à la personnalité du droit est commandée avant tout par l'intérêt même de l'étranger émigré et non pas, comme celle qui dérive de l'*ordre public international*, par l'intérêt de l'État sur le territoire duquel il demande à exercer ses droits, il résulte que ce n'est pas à la législation locale qu'il appartient de la formuler, mais à la loi personnelle de l'étranger, qui abdique en quelque sorte, pour lui venir en aide, une part de sa souveraineté au profit de la souveraineté locale. Si donc cette loi personnelle n'a pas abdiqué et défend de passer un acte en pays étranger, en dehors des formes qu'elle-même prescrit, la règle *Locus regit actum* cesse d'être applicable; c'est en ce sens qu'il est vrai de dire que la règle *Locus regit actum* est pour la

doctrine de la personnalité du droit moins une restriction véritable qu'une simple atténuation.

3° *La règle* Locus regit actum *est-elle obligatoire ou facultative?* En d'autres termes, l'étranger, qui a le droit de recourir, pour tous ses actes juridiques, aux formes extérieures consacrées par la loi locale, pourra-t-il, s'il le préfère et si cela lui est matériellement possible, employer les formes admises par sa loi nationale?

La négative est presque de droit pour ceux qui font dériver la règle *Locus regit actum* d'une soumission temporaire de l'étranger à la souveraineté de l'État sur le territoire duquel il se trouve; il ne saurait en effet dépendre de l'individu de se soustraire au devoir d'obéissance qui résulte pour lui de cette soumission.

Mais le motif d'utilité que nous avons assigné à la règle *Locus regit actum* nous conduit à une solution différente. Cette règle constitue pour l'étranger une faveur, une dérogation apportée, dans son intérêt, au droit commun de la personnalité des lois; elle doit donc être ramenée à ses plus étroites limites, et elle ne peut être imposée à qui n'en veut point. Il est naturel de reconnaître à l'étranger le droit d'opter, quant à la forme extérieure de ses actes juridiques, entre la loi locale et celle de sa patrie, et d'attribuer ainsi à la règle *Locus regit actum* un caractère purement *facultatif;* la jurisprudence n'hésite pas à le reconnaître.

Il en serait autrement, par la force des choses, dans le cas où deux personnes de nationalité différente interviendraient à l'acte qu'il s'agit d'apprécier. Alors, comme il n'y a pas de raison pour régir les formes de cet acte par la législation nationale de l'une plutôt que par celle de l'autre, la règle *Locus regit actum* devient impérative, et il faut nécessairement recourir aux formes instituées par le droit local. Enfin les mêmes formes sont de rigueur, toutes les fois que l'*ordre public international* est lié à leur observation.

Avant de quitter la règle *Locus regit actum*, demandons-nous s'il ne doit pas lui être fait exception dans l'hypothèse où un individu serait allé passer un acte en pays étranger suivant les formes locales, uniquement pour se soustraire aux restrictions ou aux prohibitions édictées par sa loi nationale.

Quelques auteurs lui refusent le bénéfice de la règle *Locus regit actum*, par application du brocard *Fraus omnia corrumpit*. Si, disent-

ils, on permet à l'étranger, de passer un acte suivant les formes reconnues par la loi du pays où il se trouve, c'est parce que l'astreindre partout et toujours à la stricte observation de sa loi nationale, ce serait souvent paralyser en fait sa vie juridique. Mais ce motif fait défaut dans le cas présent. L'étranger était dans son pays; rien ne l'obligeait à en sortir, dans le seul but de se dérober à ses lois; l'acte qu'il a fait hors de son territoire national est un acte frauduleux et comme tel, il ne peut être tenu pour valable.

A cela, nous répondrons que l'adoption de la règle *Locus regit actum* a précisément pour objet de prévenir ou de vider les conflits relatifs à la forme des actes; que ce serait substituer une difficulté à une autre difficulté que d'obliger les tribunaux saisis de la contestation à scruter les intentions les plus secrètes, pour apprécier si c'est dans la vue de faire échec à la loi française que les parties sont allées dresser l'acte en pays étranger. Du moment que leur loi nationale ne les déclare pas incapables d'intervenir à un acte juridique sur le sol étranger, elle leur permet par cela même de recourir aux formes locales.

D'ailleurs, si la thèse que nous repoussons était vraie, elle conduirait à dire que la règle *Locus regit actum* ne reçoit d'application que dans le cas où il est impossible à l'émigré de recourir, à l'étranger, aux formes établies par sa loi nationale; ce qui en réduirait singulièrement la portée.

Section IV. — *Atténuation résultant de l'autonomie de la volonté*[1].

Une dernière modification résulte pour la doctrine de la personnalité du droit de ce que nous appellerons l'*autonomie de la volonté*.

Parmi les lois auxquelles la personne est soumise à raison du lien de sujétion qui l'attache à l'État qui les a faites, les unes s'imposent *nécessairement* à son observation; ce sont celles qui gouvernent son état, sa capacité, ses relations de famille, et d'une manière générale toutes celles qui ont un caractère d'ordre public; d'autres n'ont pour objet que de suppléer sa volonté, de l'interpréter, de lui tracer les limites dans lesquelles elle peut s'exercer; mais, sauf le cas où l'ordre public est intéressé à leur stricte application, elles ne l'obligent pas;

[1] V. Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie*, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1896, p. 465 et 721; Olive, *Étude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé*, Paris, 1899.

cela revient à dire que, si chacun est maître de se conformer à sa loi personnelle sur les points qui sont laissés à sa disposition, il peut aussi substituer aux règles écrites dans cette loi des règles différentes, voire même des règles adoptées par une législation étrangère.

Cette liberté, cette *autonomie*, l'émigrant ne la dépouille pas en franchissant la frontière de son pays; il l'emporte avec lui, telle que la loi de son origine la lui a concédée, dans toute son étendue, mais aussi avec toutes les restrictions qu'elle comporte; et s'il adopte comme loi de l'acte auquel il intervient une législation étrangère, écartant ainsi celle de sa patrie, c'est en vertu de l'autorisation générale qu'il tient de cette dernière. Son choix ne déroge donc pas, à proprement parler, au système de la personnalité du droit; il le modifie en l'atténuant.

L'*autonomie de la volonté* exerce son influence en matière de testaments et de conventions.

Dans le testament, le disposant substitue aux règles établies par sa loi personnelle pour la dévolution *ab intestat* de ses biens, l'expression de sa propre volonté; il désigne ceux qui succéderont à son patrimoine et répudie ainsi l'ordre héréditaire fixé par la loi. Rien ne l'empêche de s'en rapporter purement et simplement aux dispositions d'une loi étrangère et de s'approprier volontairement un régime successoral étranger. En ce qui touche la substance de son testament, abstraction faite de la capacité qui est nécessaire au disposant pour le dresser, et qui est gouvernée par sa loi nationale, des formes extérieures de l'acte qui contient ses dernières volontés, auxquelles la règle *Locus regit actum* sera applicable, enfin des dispositions d'*ordre public international*, auxquelles il est interdit de déroger sur le territoire où elles sont en vigueur, la volonté du testateur est souveraine; elle n'est pas enchaînée à telle législation par la nationalité de celui qui l'exprime. Ce n'est pas à dire que la loi personnelle de ce dernier ne puisse jamais servir de base à son interprétation; mais il n'en sera ainsi qu'autant qu'il sera probable que le testateur a entendu s'y référer; et semblable présomption devra être facilement accueillie, car chacun préfère en général la loi sous l'empire de laquelle il a vécu et dont il connaît le mieux les dispositions. Uniquement basée sur l'intérêt des personnes, la restriction qui résulte pour la théorie de la personnalité de l'*autonomie de la volonté* n'a donc rien d'*impératif ?* elle est subordonnée d'une part à la loi personnelle de l'intéressé qui peut lui en refuser l'exercice, de l'autre au choix

de ce dernier qui peut préférer à toute autre l'application de sa loi personnelle.

Ce que nous disons du testament n'est pas moins vrai de l'obligation qui naît d'un contrat. C'est l'accord de deux ou de plusieurs volontés qui l'engendre; et tout ce qui, en elle, dépend du libre arbitre des contractants, échappe à l'application *nécessaire* de leur législation nationale. La loi qui gouverne dans cette mesure l'obligation contractuelle est celle que les parties ont choisie, à laquelle elles ont voulu se soumettre. Et souvent, dans le silence du contrat, il faudra recourir à des présomptions interprétatives de leur volonté.

Lorsque les parties appartiennent toutes à la même nationalité, il est naturel de croire qu'elles ont adopté la loi nationale qui leur est commune; c'est un retour partiel à la règle. Mais lorsque l'unité de nationalité fait défaut, il est indispensable de recourir à des présomptions différentes, tirées soit du lieu où la convention est intervenue, soit du lieu où elle doit sortir ses effets; nous les retrouverons plus loin.

Ainsi, dans la matière des contrats comme dans celle des testaments, en un mot, partout où la volonté est la loi des parties, la doctrine de la personnalité du droit s'efface devant elle.

Pour résumer en quelques mots les principes théoriques qui nous paraissent devoir être appliqués à la solution du conflit des lois, nous dirons que toute loi, soit qu'elle vise exclusivement la personne considérée en elle-même, soit qu'elle la régisse dans ses rapports avec sa famille, avec ses biens, meubles ou immeubles, est une loi *personnelle*, admise en principe à l'exterritorialité; et que cette règle ne rencontre de limites que d'une part dans l'intérêt de l'État sur le territoire duquel l'application d'une loi étrangère est demandée, c'est-à-dire dans l'*ordre public international*, de l'autre dans l'intérêt privé de l'étranger lui-même, qui trouve sa formule dans la règle *Locus regit actum* et dans l'*autonomie de la volonté*.

TITRE IV

Le Code civil.

Voyons maintenant quelles sont les règles appliquées par le Code civil français à la solution du conflit des lois. De toutes les théories

qui ont été exposées ci-dessus, à laquelle a-t-il donné la préférence?

Son article 3, qui est le siège de la matière, est ainsi conçu :

« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

« Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. »

La plupart des auteurs qui ont commenté ce texte y ont vu la consécration pure et simple de la théorie traditionnelle des statuts, et cette opinion est acceptée même par les défenseurs les plus convaincus de la théorie italienne de la personnalité, notamment par M. Laurent, qui n'a pas ménagé ses reproches et ses critiques au législateur français de 1804[1].

Peut-être est-ce une tentative audacieuse que d'essayer sa réhabilitation? nous y sommes cependant encouragé par l'appui que de récents travaux sont venus apporter à notre sentiment personnel.

C'est à tort, croyons-nous, que l'on accuse le Code civil de s'être rallié à la doctrine statutaire.

Remarquons tout d'abord que les mots *statut personnel* et *statut réel* ne se trouvent pas exprimés dans l'article 3, et, pour qui songe au rôle important, excessif, que jouaient les mots dans la distinction ancienne des lois personnelles et des lois réelles, il est au moins surprenant qu'un texte destiné à la reproduire n'ait fait aucune place aux termes techniques qui la caractérisaient autrefois. Objectera-t-on que les travaux préparatoires n'ont pas toujours gardé la même réserve, que, dans les divers discours prononcés sur l'article 3 du Code civil, le mot *statut* a été employé et la doctrine statutaire formellement rappelée? Mais de ce que certains orateurs, cédant peut-être à leur insu à des habitudes invétérées de langage, ont emprunté, sur la matière du conflit des lois, la terminologie de l'ancien droit, on n'en peut conclure à l'adoption d'une théorie que rien dans le texte définitif de la loi ne confirme et n'autorise.

S'il en était autrement, si les rédacteurs du Code avaient obéi à la tradition et s'étaient référés à la doctrine des statuts, encore faudrait-il savoir quel système basé sur la distinction des statuts ils ont

[1] Laurent, *op. cit.*, t. II, p. 67 et s.

adopté. Est-ce celui de Dumoulin? celui de d'Argentré? celui de Bouhier? il valait la peine de le dire, car ces divers systèmes, quoique ayant le même point de départ, sont loin d'engendrer les mêmes conséquences. Et la jurisprudence, manquant d'une base légale, se trouverait abandonnée à tous les hasards; les controverses doctrinales les plus ardues, les plus subtiles, trouveraient un écho dans les prétoires de nos tribunaux.

Étant donné les termes de l'article 3, il est donc difficile d'admettre que le Code se soit approprié sans modification la doctrine des anciens auteurs. Est-ce à dire que ses rédacteurs aient entendu appliquer sciemment à la solution des conflits de lois une des théories rivales que nous avons développées plus haut? Ce serait aller trop loin. Ce qui est probable, c'est que le législateur a reculé devant l'affirmation *a priori* de tel ou tel système; n'ayant pas de préférences marquées, ou plutôt n'ayant pas d'opinion formée pour l'un ou pour l'autre, il s'est borné à poser quelques règles qui lui ont paru incontestables et qui trouvent leur application dans toutes les théories de droit international privé. Pour le surplus, il s'en est remis à la doctrine du soin de formuler les véritables principes. Et ce laconisme n'a rien de surprenant, si l'on remarque, d'une part, que, la Révolution ayant établi l'unité législative sur le territoire français, les conflits de coutumes intérieures, pour lesquels avait été imaginée la distinction des statuts personnels et des statuts réels, étaient devenus impossibles, de l'autre que, les rapports entre les États n'ayant pas acquis, dès le commencement du siècle, leur développement normal et faisant à l'emploi de la force plus de place qu'aux procédés pacifiques, il ne devait pas paraître bien utile de formuler une théorie complète sur le conflit des lois. La disposition de l'article 3 est donc un véritable moule, dans lequel peuvent être coulés les systèmes les plus différents; et, en admettant même qu'il soit prouvé qu'en la rédigeant les auteurs du Code n'avaient pas oublié la théorie des statuts, le fait qu'ils ne l'ont pas expressément formulée laisse à la doctrine et à la jurisprudence la liberté d'appréciation la plus complète.

Or, ainsi qu'il va résulter de l'explication de l'article 3 du Code civil, rien dans ses termes ne fait obstacle à l'adoption par les tribunaux de la théorie de la personnalité du droit.

Ce texte prévoit deux situations; d'un côté, il suppose un Français expatrié; de l'autre il suppose un étranger présent sur le sol français.

se soustraire aux conséquences de sa promesse, que bien qu'ayant atteint l'âge de la majorité française, il est encore mineur, suivant sa loi nationale, et par suite incapable de s'obliger. Aura-t-il gain de cause?

M. Valette enseigne la négative, et décide qu'en pareil cas il faudra appliquer à l'étranger des règles de capacité posées par la loi française; le contrat sera donc maintenu[1].

Le grand argument, ou, pour mieux dire, le seul argument qui soit allégué en faveur de cette thèse, en dehors du silence de la loi, consiste à dire qu'il est le plus souvent impossible à un Français de connaître les dispositions de la loi personnelle de l'étranger avec lequel il traite. Cette ignorance, si elle pouvait être pour lui la source d'un préjudice, enlèverait à ses opérations toute sécurité, et le condamnerait à une prudence, dont le commerce et le crédit public ressentiraient le désastreux contre-coup. L'intérêt général se confond ici avec l'intérêt particulier du Français.

Moins absolu que M. Valette, M. Demolombe admet bien que le Français ne doit éprouver aucun dommage par le fait de la loi personnelle de l'étranger avec lequel il a contracté; mais encore veut-il — et la jurisprudence paraît incliner à le suivre dans cette voie — que ce Français n'ait commis aucune imprudence, aucune légèreté qui lui soit imputable. S'agit-il par exemple d'obligations contractées envers le Français, pour fourniture d'aliments, de marchandises à l'usage de la personne, ou même pour loyers de maisons, elles devront en général être validées, quoique la loi de l'étranger paraisse les frapper de nullité; car on se saurait reprocher au créancier une confiance bien naturelle, et dont l'étranger serait dans tous les cas malvenu à se plaindre, puisqu'elle lui assure du crédit pour toutes les choses nécessaires à l'existence. Au contraire s'agit-il d'opérations plus importantes, moins usuelles, d'une vente d'immeubles, d'un emprunt d'argent, les tribunaux devront admettre plus difficilement l'absence de toute légèreté chez le Français[2].

La Cour de Paris, en 1858, et la Cour de cassation, en 1861, ont fait à un sujet mexicain, nommé de Lizardi, une application remarquable de la doctrine de M. Demolombe.

Lizardi, mineur d'après la loi mexicaine qui fixe à vingt-cinq ans

[1] Valette, sur Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. I, p. 83 et s.
[2] Demolombe, t. I, p. 117 et s.

l'âge de la majorité, avait, d'un côté, souscrit en France des lettres de change pour une somme de 60.000 francs, de l'autre, acheté d'un joaillier français des bijoux, dont la facture s'élevait à 95.000 francs. Son tuteur fit prononcer la nullité des lettres de change qu'il avait souscrites, comme l'ayant été par un incapable (Paris, 20 février 1858), mais la Cour de Paris, par un autre arrêt du 18 juillet 1859, et, après elle, la Cour de cassation, le 16 janvier 1861[1], n'en déclarèrent pas moins entièrement valables les ventes de bijoux faites à Lizardi, reconnaissant ainsi que ce dernier devait en acquitter le prix.

D'où vient la divergence qui éclate entre les deux arrêts rendus par la Cour de Paris en 1858 et en 1859? De ce que, dans l'opinion de la Cour, comme dans celle de M. Demolombe, la souscription d'une lettre de change n'est pas un acte de la vie journalière, et que le prêteur ne peut, sans une coupable imprudence, se dispenser de prendre des renseignements sur la personne de son débiteur et sur la loi dont il relève, tandis, au contraire, qu'il serait d'une rigueur excessive d'obliger un marchand, même d'objets de luxe, même de bijoux, à s'enquérir de la nationalité et de la capacité réelle des acheteurs qui se présentent à son magasin.

Troisième système. — L'État et la capacité de l'étranger sont toujours gouvernés en France par sa loi personnelle, à moins qu'il n'en ait frauduleusement dissimulé les dispositions, ou que ces dernières ne soient contraires à l'*ordre public international.*

Écartons tout d'abord l'intérêt particulier du Français, compromis par l'application d'une loi étrangère à son débiteur étranger. Cet intérêt nous touche peu. Le devoir d'un homme soucieux de ses affaires est de s'éclairer sur la condition juridique de ceux avec qui il contracte; s'il a négligé une précaution aussi naturelle, il est en faute; il l'est encore si, n'ayant pu se procurer les renseignements utiles, il n'en a pas moins consenti à devenir le créancier d'un sujet étranger; de toute manière, il est juste qu'il subisse le dommage qui résultera pour lui de son imprudence, de même que s'il avait à son insu traité avec un Français incapable. *Qui cum alio contrahit vel est, vel esse debet non ignarus conditionis ejus*[2]. Et l'intérêt général lui-même commande cette solution. Il n'est pas douteux en effet que l'adoption du système de M. Valette amènerait presque inévitablement à l'é-

[1] Sirey, 1861. 1. 305.

[2] L. 19, *De diversis regulis juris*, au Digeste (L. 17).

tranger des mesures de rétorsion, plus funestes à nos nationaux et au commerce français que l'inconvénient que ce système veut prévenir.

Cependant, si l'étranger a volontairement dissimulé sa nationalité, s'il a recouru à des manœuvres dolosives destinées à surprendre la bonne foi du Français, il ne saurait être reçu à exciper plus tard des incapacités édictées par sa loi personnelle. *Fraus omnia corrumpit.* Et il en serait ainsi, croyons-nous, alors même que la fraude commise par l'étranger ne constituerait pas un fait d'abus de confiance ou d'escroquerie tombant sous le coup de la loi pénale. Mais, si dans ce cas l'étranger n'est pas admis à contester la validité de ses engagements, c'est en vertu d'une règle d'équité, et nullement à raison du préjudice que leur annulation pourrait causer aux Français. En d'autres termes, nous appliquerons ici par analogie les articles 1307 et 1310 du Code civil.

Cette solution nous paraît seule conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 3 du Code civil.

Le projet du livre préliminaire du Code, rédigé par la commission, contenait une disposition ainsi conçue :

« La loi oblige *indistinctement* ceux qui habitent le territoire : l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède *et pour sa personne pendant sa résidence*.

« Le Français résidant en pays étranger continue d'être soumis aux lois françaises pour ses biens situés en France, et pour tout ce qui touche à son état et à la capacité de sa personne.

« Son mobilier est réglé par la loi française comme sa personne ».

Le dernier alinéa ne se retrouve pas dans le projet arrêté par la section de législation du Conseil d'État qui, en l'effaçant, paraît avoir reculé devant une réglementation législative des conflits relatifs à la fortune mobilière et avoir préféré laisser à la doctrine la solution des difficultés si graves que cette matière soulève.

Quant au premier alinéa, il provoqua de la part du tribunal d'appel de Grenoble cette observation, que son texte permettait de considérer l'étranger comme soumis aux lois d'état et de capacité françaises, pendant toute la durée de sa résidence sur notre territoire : et la section de législation du Conseil d'État, dans une première rédaction, proposa de lui substituer la disposition suivante : « La loi oblige *indistinctement* ceux qui habitent le territoire. L'étranger y est sou-

mis pour les biens qu'il y possède, *et personnellement en tout ce qui intéresse la police pendant sa résidence* »[1].

Encore Tronchet critiqua-t-il le mot *indistinctement* qui avait trouvé place dans ce texte, et dont on aurait pu conclure que l'état et la capacité des étrangers relèvent de la loi française; à ce propos, il affirma, comme une vérité évidente, que « l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes ». A la suite de cette remarque, le mot *indistinctement* fut retranché du projet par voie d'amendement, dans la séance du 14 thermidor an IX[2].

Le Tribunat se montra plus exigeant; saisi officieusement du projet par le Conseil d'État, il proposa de supprimer purement et simplement la disposition attaquée, et de la remplacer par un texte qui est devenu l'article 3 actuel du Code civil[3].

Sans doute la règle en vertu de laquelle l'étranger demeure soumis en France à la loi étrangère qui gouverne son état et sa capacité n'est pas écrite en toutes lettres dans cet article. Peut-être y a-t-il là une lacune? Mais on ne sera pas surpris que le législateur de 1804 ait hésité à la combler, si on réfléchit que c'est à la loi dont l'étranger dépend par sa nationalité à décider si l'état et la capacité de ce dernier seront régis, en dehors des limites de sa compétence territoriale, par la loi locale, ou par la loi personnelle, et, dans ce dernier cas, si c'est la législation nationale ou celle du domicile qui jouira de l'exterritorialité. A moins d'adopter une formule très vague, dans tous les cas difficilement satisfaisante, le Code civil ne pouvait, sans méconnaître la souveraineté personnelle de la loi étrangère, soumettre à telle ou telle règle la détermination de l'état et de la capacité des personnes étrangères sur le territoire français; il devait se borner à n'opposer au libre exercice de la loi étrangère sur ce territoire que les obstacles strictement commandés par l'intérêt de l'État. Et c'est ce qu'il a fait. Voyons plutôt :

La loi étrangère ne saurait, avons-nous dit, être appliquée hors du pays où elle a été promulguée, si ses prescriptions sont contraires à l'intérêt de l'État, sur le territoire duquel elle est invoquée, à l'*ordre public international.*

Mais le Code civil ne dit pas autre chose. L'article 3, § 1, en soumettant *aux lois françaises de police et de sûreté* tous ceux qui *habi-*

[1] Locré, *Législation civile*, t. I, p. 380.
[2] Locré, *op. cit.*, t. I, p. 399.
[3] Locré, *op. cit.*, t. I, p. 563.

tent le sol français, se borne à reproduire, sous une autre forme, ce principe général. Au nombre des lois de police et de sûreté figurent en effet non seulement les dispositions ayant un caractère pénal, mais toutes celles qui concernent le bon ordre ou la conservation de l'État français, en un mot, l'intérêt général. Tout le monde est aujourd'hui d'accord sur ce point.

Or, parmi ces lois, il en est auxquelles l'application de l'article 3, § 1, pourrait sembler douteuse, parce qu'elles ont pour objet principal en apparence de régler des intérêts privés : ce sont les lois relatives à la propriété immobilière. L'immeuble en effet peut être envisagé à un double point de vue : d'une part, comme une fraction du territoire national, comme un élément de la souveraineté territoriale de l'État, de l'autre, comme un bien susceptible d'appropriation privée, même au profit d'un étranger. L'État a donc sur tout immeuble un droit supérieur, une sorte de *domaine éminent* d'une nature particulière, dont l'étendue est limitée par le soin de sa sécurité.

C'est là ce que veut dire l'article 3, § 2, du Code civil, aux termes duquel « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». Le sens de cet article a été nettement déterminé par Portalis, dans son *Exposé des motifs :* « Les mots *domaine éminent*, disait-il, n'expriment que le droit qu'a la puissance publique *de régler la disposition des biens* par les lois civiles, de lever sur ces biens des impôts proportionnés aux besoins publics, et de disposer de ces mêmes biens pour quelque objet d'utilité publique, en indemnisant les particuliers qui les possèdent ».

En vain prétendrait-on conclure des mots *la disposition des biens*, que tout ce qui a trait à l'acquisition ou à la transmission des immeubles est du domaine de la *lex rei sitæ?* Il faudrait alors régir exclusivement par cette dernière la capacité d'acquérir et celle d'aliéner un droit immobilier; et pareille conséquence est presque universellement repoussée.

La place que ces mots occupent dans l'*Exposé des motifs* de Portalis, à côté de ce qui a trait à la perception des impôts et à l'expropriation pour cause d'utilité publique, leur assigne leur véritable signification. C'est l'*immeuble* (C. civ., art. 3, § 2), envisagé en lui-même, abstraction faite des *droits privés* dont il peut être l'objet, c'est-à-dire dans ses rapports exclusifs avec le *droit public*, que la loi française prétend régir. La Révolution avait substitué au régime féodal de la

terre une organisation nouvelle. Par l'abolition des fiefs, des censives, des rentes foncières, des substitutions, elle avait proclamé l'égalité des terres, comme elle avait proclamé celle des personnes, et le bénéfice de ces réformes eût été singulièrement compromis si le Code, issu de l'ordre de choses nouveau, n'avait empêché qu'à la faveur de lois étrangères admises à l'exterritorialité, il ne se préparât un retour à l'ancien régime.

Quand donc l'article 3, § 2, exigera-t-il que la loi française devienne applicable à un immeuble, même possédé par un étranger, sur le territoire français? Toutes les fois que cette loi n'a pas en vue l'intérêt particulier de telle ou telle personne, lorsqu'elle règle le régime de la propriété foncière, lorsqu'elle détermine quels biens sont meubles ou immeubles, *in commercio* ou *extra commercium*, lorsqu'elle précise la nature et l'étendue des droits dont ils peuvent faire l'objet, lorsque, dans un intérêt public, elle soumet leur transmission à certaines règles, par exemple à la formalité de la transcription, etc.

Les deux premiers §§ de l'article 3 du Code civil font ainsi la part de la souveraineté territoriale de la loi française; en déterminant avec un soin aussi minutieux les dispositions auxquelles un étranger, en France, ne peut refuser d'obéir, ils décident par *a contrario* que les lois qui ne rentrent pas dans leur énumération ne sont obligatoires que pour les seuls Français.

Comme l'*ordre public international,* la règle *Locus regit actum* a trouvé place dans le Code civil. Non pas qu'il la formule en termes généraux, et qu'il soumette par là même les actes passés par un étranger sur notre territoire à l'application des règles de forme posées par nos lois; l'intérêt général n'étant pas en jeu, semblable prescription n'aurait eu aucune raison d'être et aurait empiété sans droit sur les attributions de la souveraineté personnelle de la loi étrangère. Mais, renonçant dans l'intérêt particulier de nos nationaux expatriés, à une part de sa propre souveraineté personnelle, il déclare valables, tout au moins par des exemples empruntés à la matière des actes de l'état civil et des testaments (C. civ., art. 47, 170, 999), les actes juridiques que ceux-ci auront accomplis à l'étranger dans les formes locales. Réciproquement, les actes passés par un sujet étranger en France, conformément aux règles posées par la loi française, seront tenus pour valables par nos tribunaux, s'il puise dans sa loi personnelle le droit de s'y soumettre.

Nous nous sommes borné à poser ici les principes généraux, dont

les chapitres suivants nous montreront l'application aux diverses parties de notre droit; mais nous croyons en avoir dit assez pour démontrer que, si le Code civil n'a pas adopté d'une manière explicite, pour les étrangers résidant en France, la théorie de la personnalité du droit, qui d'ailleurs n'avait pas encore été formulée scientifiquement, il ne la contredit pas non plus, et que rien n'empêche nos tribunaux d'y donner leur adhésion.

C'est donc par sa loi personnelle que nous déterminerons l'état et la capacité de l'étranger en France. Mais, remarquons-le, cette règle n'aura pas toujours pour conséquence de soumettre directement l'étranger aux diverses prescriptions de sa loi nationale. Il n'en sera ainsi, croyons-nous, qu'autant que cette dernière n'a rien abdiqué de ses droits sur la personne du régnicole émigré[1]. Au contraire, a-t-elle renoncé à le suivre en pays étranger, a-t-elle reconnu, comme la législation anglaise, la prépondérance de la *lex domicilii*, c'est cette dernière qui recevra son application; et il pourra se faire ainsi, dans le cas où l'étranger aurait son domicile en France, que son état et sa capacité soient gouvernés par la loi française, non pas en vertu d'une souveraineté territoriale qui par elle-même n'a aucune action sur lui, mais en vertu d'une délégation de sa loi nationale : cette solution est cependant contestée par d'éminents auteurs; mais elle a été consacrée à maintes reprises, nous l'avons vu, par la jurisprudence des tribunaux, en France aussi bien qu'en Belgique.

D'autre part, si l'étranger n'a pas de nationalité connue ou relève à la fois de deux patries différentes, c'est encore à la loi française, s'il a son domicile en France, qu'il appartiendra de déterminer son état et sa capacité. Sa nationalité étant incertaine, il n'a pas à vrai dire de loi personnelle qui lui soit propre, et par suite la souveraineté territoriale de la loi française ne rencontre aucun obstacle à son exercice.

En dehors de ces hypothèses, on a soutenu que certains individus, quoique se rattachant à un État étranger par leur nationalité, sont régis dans leur état et dans leur capacité, par la loi française. Il en est ainsi, suivant Proudhon, de l'étranger établi en France à perpétuelle demeure, même sans autorisation. — Il en est encore ainsi, suivant M. Demangeat, de l'étranger admis, par décret du chef de l'État, à fixer son domicile en France (C. civ., art. 13) : « Je crois, dit-il, que

[1] V. ci-dessus, p. 367.

l'étranger de l'article 13 est même assimilé au Français, en ce qui concerne les lois personnelles : du moment qu'il a demandé et obtenu d'avoir son domicile en France, il doit être censé avoir voulu se soumettre à toutes les lois privées qui s'appliquent au Français : car il y a un rapport intime entre le domicile d'une personne, et le statut qui régit l'état et la capacité de cette dernière[1]. » Cette solution est d'accord avec celle que M. Demangeat applique à l'état et à la capacité des Français, lorsqu'il les soumet en tous lieux à la loi de leur domicile ; mais le texte de l'article 3, § 3 du Code civil paraît contraire à toutes deux ; en disposant que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger », le législateur a donné la préférence à la loi nationale sur la loi du domicile ; cela n'est plus sérieusement contesté par personne.

Le savant magistrat nous semble avoir opéré lui-même une confusion, qu'il a souvent, et à juste titre, reprochée à Fœlix ; il mêle deux questions très distinctes : celle de savoir quels droits pourront être reconnus à l'étranger en France, et celle de savoir à quelle loi il appartiendra d'en déterminer la mesure. Sans doute, l'étranger admis à domicile est appelé à jouir des droits privés, dont l'exercice est en principe réservé à nos nationaux ; mais l'article 13 du Code civil, qui les lui confère, ne dit nullement que ces droits seront appréciés d'après la loi française. Pourquoi dès lors les soustraire à l'application des règles générales qui viennent d'être exposées?

L'étranger autorisé à fixer son domicile en France, quoique investi d'une capacité plus grande que l'étranger ordinaire, n'en demeure pas moins étranger ; après comme avant le décret d'admission, c'est la loi étrangère qui est sa loi personnelle ; et c'est par elle qu'il faut mesurer l'étendue de sa capacité.

Cependant, s'il s'agit d'un droit, propre à la législation française et inconnu dans sa législation personnelle, l'étranger admis à domicile qui, aux termes de l'article 13, a qualité pour en réclamer le bénéfice, ne pourra évidemment être tenu de satisfaire qu'aux conditions spéciales de capacité établies par la loi française, puisque la loi étrangère ne contient aucune disposition équivalente ou correspondante. Ce n'est pas là, à proprement parler, une dérogation à notre règle ; car cette hypothèse ne nous présente pas un conflit de lois à

[1] Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 414.

résoudre. La souveraineté territoriale de loi française n'a pas à lutter contre la souveraineté personnelle d'une législation étrangère, sur un point que celle-ci a laissé hors de ses prévisions.

Application et preuve de la loi étrangère. — Des développements qui précèdent, il ressort que souvent les tribunaux français auront à faire application aux litiges dont ils seront saisis des dispositions d'une loi étrangère, soit qu'ils aient à juger la validité d'un acte ou d'une convention passé, même par des Français, en pays étranger, suivant les formes locales (C. civ., art. 47, 170, 999), soit qu'ils aient à apprécier l'étendue des droits que réclame un étranger sur notre territoire, en vertu de la loi personnelle dont il est justiciable. En quoi consiste, en pareil cas, le rôle du juge français?

Nous pensons qu'il doit appliquer d'*office* la loi étrangère, alors même que les parties n'en auraient pas invoqué le bénéfice. Au juge il appartient, en effet, de statuer suivant les règles que la loi de son pays a adoptées, même tacitement, pour la solution des conflits de législations; et nous avons vu que la volonté des rédacteurs du Code civil de laisser les étrangers sous l'empire de leurs lois personnelles d'état et de capacité paraît certaine. La renonciation des parties à ces lois personnelles ne porte aucune atteinte à cette volonté. Du moment que le législateur français a pensé qu'il convenait de tenir compte, dans l'appréciation de tel ou tel rapport juridique, des prescriptions d'une loi étrangère, le juge doit entrer dans ses vues et ne saurait, sans manquer à son devoir, appliquer à ce rapport les dispositions de sa propre loi.

Mais souvent les tribunaux se trouveront embarrassés, quand il s'agira de conformer leurs décisions à une loi étrangère, dont le texte, ou tout au moins l'esprit, leur est inconnu. Dira-t-on que cette loi, n'ayant pas été promulguée en France, n'a pour eux que la valeur d'un simple *fait*, qu'ils sont donc fondés à attendre, pour l'appliquer, que ceux qui l'invoquent les aient renseignés sur son existence? Il en sera ainsi presque toujours; l'étranger viendra ordinairement en aide aux hésitations du juge, en produisant, soit le texte de la loi applicable, soit une attestation délivrée par l'autorité publique ou par des hommes de loi du pays auquel il appartient.

Le juge ne sera d'ailleurs pas le moins du monde obligé de conserver une attitude expectante; il est maître d'aller lui-même au devant des renseignements qui ne lui ont pas été volontairement

fournis et de former son opinion comme il l'entend. Et ce n'est qu'autant que les éléments d'appréciation sur la loi étrangère lui feront entièrement défaut qu'il présumera, sauf preuve contraire, que les dispositions de cette dernière sont identiques à celles de la loi française, qui deviendra ainsi applicable au litige.

Recours en cassation pour inobservation ou violation d'une loi étrangère [1]. — Mais quelle est la sanction du devoir imposé à nos tribunaux de résoudre certaines contestations par l'application d'une loi étrangère? Le refus d'appliquer cette loi, sa violation, la fausse interprétation donnée à ses termes entraîneront-ils la cassation de leur sentence?

Envisageons successivement deux hypothèses :

a) Le juge n'a pas appliqué la loi étrangère, dans un cas où une disposition *formelle* de la loi française ou d'un traité international commandait de s'y référer. Alors il y a contravention à un texte ayant force de loi en France, et par suite, dans l'opinion commune, un recours en cassation est ouvert. Ainsi le tribunal qui refuserait de tenir compte des prescriptions de la loi étrangère, pour apprécier la validité d'un acte de l'état civil ou d'un testament dressé, en la forme locale, sur le territoire qu'elle régit, tomberait sous la censure de la Cour suprême, pour avoir enfreint les règles écrites dans les articles 47, 170 et 999 du Code civil.

Il paraît certain, d'autre part, que, alors même que nos lois n'imposeraient pas directement l'application d'un texte étranger à telle ou à telle relation de droit, l'inobservation de ce dernier donnerait ouverture à cassation, s'il existe entre ces dispositions et celles de la loi française une corrélation affirmée par cette dernière. Par exemple, l'article 17 du Code civil attache la perte de la qualité de Français à la naturalisation acquise à l'étranger; or la validité de cette naturalisation, en tant qu'acquisition de nationalité nouvelle, dépendant nécessairement des lois du pays où elle a été obtenue, le juge français requis de constater la déchéance qui en résulte pour un de nos nationaux, sera tenu de s'y reporter, faute de quoi sa décision sera sujette à cassation.

De même la loi du 5 juillet 1844, sur les brevets d'invention, subordonne, dans son article 29, la durée du brevet d'importation en

[1] V. Ambroise Colin, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1890, p. 406 et s.

France à celle du brevet antérieurement pris en pays étranger; elle établit donc un lien de solidarité entre les deux brevets; si le premier n'a pas été régulièrement délivré ou a pris fin pour une raison quelconque, l'autre est affecté des mêmes vices et partage les mêmes vicissitudes; il y a donc nécessité pour le tribunal français d'interroger les dispositions de la loi étrangère qui a présidé à la concession du premier brevet.

Ainsi encore il y aurait lieu à cassation, si le tribunal n'avait pas fait application à un contrat, dont il a à connaître, des règles du droit étranger auxquelles les parties, agissant dans les limites de leur *autonomie*, ont déclaré ou sont présumées avoir voulu se soumettre : en pareil cas, il y aurait violation de l'article 1134 du Code civil, lequel, en proclamant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », autorise les contractants à prendre une loi étrangère pour base de leur accord.

Allons plus loin. La décision du juge français qui aurait refusé d'appliquer à un étranger sur notre territoire ses lois personnelles d'état et de capacité devrait, croyons-nous, être annulée par la Cour suprême.

La volonté du législateur, telle qu'elle se dégage des discussions qui ont précédé la rédaction de l'article 3 du Code civil et des termes de cet article lui-même, a été, nous croyons l'avoir démontré, d'ouvrir le sol français à certaines lois étrangères; et les tribunaux qui y rendent la justice doivent tenir compte de cette volonté. En limitant aux lois de police et de sûreté, aux lois intéressant le régime de la propriété foncière, l'empire exclusif de la législation française sur les étrangers qui habitent le territoire, notre Code civil a, par cela même, renoncé à les soumettre aux lois françaises qui ne sont pas comprises dans ces deux catégories. Si donc les étrangers continuent à obéir en France à leurs lois personnelles, c'est en vertu d'une permission certaine, quoique tacite, de la loi française; et le juge qui négligerait de leur en faire application contreviendrait à ses prescriptions.

b) Le juge s'est reporté à la loi étrangère, dans les cas où la loi française lui en fait un devoir; mais, par erreur ou par ignorance, il l'a faussement appliquée ou lui a donné une interprétation inexacte. Le pourvoi en cassation dirigé de ce chef contre sa décision sera-t-il recevable?

La négative est généralement admise : Le recours en cassation n'est possible, dit-on, que lorsque la loi française a été violée. Elle le se-

rait assurément si les tribunaux, faisant bon marché de ses injonctions, n'avaient pas fondé leur décision sur les textes étrangers auxquels elle se réfère; mais, dès que ces textes ont été appliqués, bien ou mal, peu importe, elle est obéie. Quant à leur interprétation, elle constitue pour le juge français une simple question *de fait*, soumise à son appréciation souveraine, et dont la solution échappe dès lors au contrôle de la cour régulatrice; celle-ci n'a pas pour mission de veiller à l'application rigoureusement exacte de législations peut-être lointaines et mal connues, et de les défendre contre une interprétation abusive : « Il s'agit d'une loi dont le siège principal et les interprètes naturels se trouvent à l'étranger. Il pourrait y avoir quelque chose de choquant à voir se fixer en France, par l'autorité de la Cour suprême, une interprétation contraire à celle qui serait consacrée dans le pays national[1] ».

Ces raisons ne nous paraissent pas sans réplique. Il y a quelque chose de plus choquant que de déférer à l'interprétation de la Cour de cassation française l'œuvre d'un législateur étranger; c'est de déclarer applicables sur notre territoire les lois que ce dernier a faites, et de leur refuser les sanctions sans lesquelles elles ne sont qu'un vain mot. Le jugement qui a méconnu le sens ou dénaturé la portée d'un testament ou d'une convention tombe sous la censure de la Cour de cassation; pourquoi en serait-il autrement de la sentence qui a violé le texte étranger dont l'observation était imposée au juge? Ce texte, par cela seul que son application vient à être confiée à nos tribunaux, est en quelque sorte naturalisé français; et il emprunte à notre propre législation les garanties qui la protègent contre les défaillances des magistrats; la fausse interprétation que ces derniers lui donnent n'est pas un simple maljugé, mais une violation de la loi même au nom de laquelle ils rendent la justice.

TITRE V

Législations étrangères.

Un caractère commun à toutes les législations qui se préoccupent d'assurer aux conflits de lois une solution régulière, c'est que toutes

[1] Ch. Brocher, *Cours de dr. int. pr.*, t. I, p. 455.

elles imposent aux étrangers le respect des lois territoriales de police et de sûreté, et que toutes elles soumettent à l'application exclusive de la loi locale« les immeubles, même ceux possédés par des étrangers ». Les règles formulées par l'article 3, §§ 1 et 2 du Code civil français sont de droit universel ; il est vrai qu'elles ne sont pas interprétées partout d'une manière uniforme, et que tout le monde n'est par d'accord sur la portée qu'il faut attribuer.

C'est en ce qui concerne les conflits relatifs à l'état et à la capacité des personnes que les dissidences sont les plus accusées. Certaines législations soumettent toujours l'étranger à l'observation de la loi du lieu où il se trouve. D'autres lui appliquent en principe sa loi personnelle, sauf certaines restrictions inspirées par l'*intérêt général*. D'autres lui reconnaissent également le droit d'invoquer, sur le territoire qu'elles régissent, le bénéfice de sa loi personnelle, mais le limitent par l'*intérêt privé* de leurs ressortissants. Enfin les capitulations assurent à l'Européen résidant dans les Échelles du Levant et de Barbarie, par une sorte d'*exterritorialité*, l'application la plus complète de ses lois personnelles.

PREMIER GROUPE. — *Législations anglo-américaines.*

Le droit anglo-américain procède de la territorialité la plus rigoureuse : « Tant que le droit anglais restera ce qu'il est maintenant et ce qu'il a toujours été, dit un éminent jurisconsulte anglais, M. Westlake, il faut admettre comme principe que, s'il s'agit de faits juridiques qui ont leur siège en Angleterre, on doit écarter toute loi étrangère, non seulement en ce qui concerne l'âge et la majorité de la personne, mais généralement pour la détermination de l'état ou de la capacité, faite par une loi ou par un jugement. Ainsi le prodigue ne sera pas privé de l'exercice des droits civils en Angleterre, en vertu du jugement étranger qui aurait prononcé son interdiction. De même l'étranger ne sera pas majeur ou mineur, capable ou incapable, d'après son statut personnel[1] ». Et Story affirme, de son côté, que l'autorité conférée par la loi au tuteur sur la personne et sur les biens de son pupille, ne s'exerce que sur le territoire où la tutelle a été organisée. La personne et les biens même mobiliers du pupille étranger

[1] Westlake, *A treatise on private international law, or the conflict of laws*, § 402, cité par M. Laurent, *op. cit.*, t. I, p. 543. — V. aussi Dicey, *Le statut personnel anglais* (trad. fr. par Emile Stocquart).

placé en tutelle conformément à la loi de son origine, seront donc soumis, sur le sol des États-Unis, à l'application exclusive de la loi locale[1].

Le droit anglo-américain paraît donc, si l'on en croit ses interprètes autorisés, fort en retard sur les législations du continent. Expression du régime féodal dans ce qu'il a de plus absolu, il répudie la souveraineté personnelle de la loi, et professe sa territorialité, telle qu'elle était admise en France au moyen âge, avant la théorie des statuts. Et M. Westlake explique que la doctrine anglaise n'ait pas subi l'action des légistes statutaires, en disant qu'à l'époque où leurs écrits virent le jour, la *common-law* était sans doute déjà fixée sur le point qui nous occupe[2].

D'ailleurs le système rigoureux de la *common-law* reçoit, dans la pratique, et sous l'influence de la *comitas gentium,* des atténuations nombreuses; le statut personnel, qui se confond en Angleterre et aux États-Unis avec la loi du domicile, gagne sans cesse du terrain, dans son application à l'état et à la capacité des personnes, au mariage, au divorce, à la fraction mobilière du patrimoine.

Deuxième groupe. — *Belgique.* — *Espagne.* — *Italie.* *Pays-Bas.* — *Portugal.* — *Roumanie.* — *Russie.*

Les législations que ce groupe comprend reconnaissent toutes, au moins implicitement, l'autorité de la loi personnelle de l'étranger, mais subordonnent son application à l'intérêt de l'État sur le territoire duquel elle est invoquée.

Belgique. — C'est encore le Code civil français qui est en Belgique le texte fondamental sur la matière du conflit des lois. Les difficultés que son interprétation soulève en France se présentent donc et se présenteront en Belgique[3], tant que l'adoption du projet de révision, élaboré il y a quelques années, n'aura pas consacré législativement et sans controverse possible, la doctrine de la personnalité du droit, tempérée par l'*ordre social.*

Espagne. — Le Code civil espagnol de 1889 contient plusieurs

[1] Story, *Commentaries on the conflict of laws,* § 490.
[2] Westlake, *op. cit.,* § 149
[3] La jurisprudence belge, apres quelques hésitations, paraît avoir écarté le système qui n'applique la loi personnelle de l'étranger, qu'autant qu'elle n'est pas en opposition avec l'*intérêt privé* d'un sujet belge.

dispositions relatives au conflit des lois. Il pose en principe, dans son article 9, que les lois qui règlent les droits et les devoirs de famille, l'état, la condition et la capacité légale des personnes, obligent les Espagnols, même s'ils résident à l'étranger. Aux meubles il applique la loi du pays de leur propriétaire, aux immeubles celle du lieu de leur situation (art. 10). Les successions légitimes ou testamentaires sont régies par la loi nationale du *de cujus*, quelle que soit la nature des biens qu'il laisse, et quel que soit le pays où ils se trouvent (art. 10). D'autre part, les formes et les solennités des contrats, testaments et actes publics sont soumises à la loi du lieu où ils sont passés, sans préjudice du droit qui appartient aux sujets espagnols de recourir à l'étranger au ministère des agents diplomatiques ou consulaires de leur nation, en se conformant aux règles de forme établies par la loi espagnole (art. 11). Enfin l'application de la loi personnelle, aussi bien que celle de la règle *Locus regit actum,* ont pour limites les exigences de l'intérêt général. Les lois pénales, de police et de sûreté publique obligent tous ceux qui habitent le territoire espagnol (art. 8); et de même les lois prohibitives, celles qui se rattachent à l'ordre public et aux bonnes mœurs, s'imposent à l'observation de tous.

Italie. — L'article 6 des dispositions préliminaires du Code civil italien de 1865 porte que « l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille sont réglés par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent ». Et les articles 11 et 12 restreignent cette formule, en ajoutant, d'une part, que « les lois pénales, de police et de sûreté publique obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire du royaume », de l'autre, que « jamais les lois, les actes et les sentences d'un pays étranger, pas plus que les dispositions et conventions particulières, ne peuvent déroger aux lois du royaume relatives, en quelque manière que ce soit, à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

Ces textes combinés appliquent aux conflits de lois la théorie de la personnalité, telle que nous l'avons nous-même admise; plus explicite que le Code civil français, la loi italienne ne se borne pas à dire que l'Italien émigré demeure, à l'étranger, soumis dans son état et dans sa capacité, à sa loi nationale; elle pose une règle générale, comprenant aussi bien l'étranger résidant sur le sol italien que l'Italien habitant loin de son pays d'origine : « L'état et la capacité des

personnes..... sont réglés par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent ». Si cette rédaction est de nature à prévenir quelques controverses semblables à celles que soulève le silence de la loi française, il faut cependant reconnaître qu'elle ne rend pas toute difficulté impossible. On pourrait en effet se demander si, dans le cas où la législation de l'État auquel appartient l'étranger le déclare soumis dans son état et dans sa capacité, à la loi de son domicile, c'est cette dernière ou bien, malgré tout, les seules prescriptions de sa loi nationale qui doivent lui être appliquées. Il y là une équivoque.

Aux termes de l'article 7 du Code italien « les biens immeubles sont soumis à la loi du lieu où ils sont situés ». Cette disposition, analogue à celle de l'article 3, § 2 du Code civil français, ne contredit pas, dans l'opinion des auteurs italiens, la théorie de la personnalité des lois, appliquée même aux propriétés immobilières : « Elle ne peut être considérée que comme la consécration d'un principe incontestable de droit public et de droit politique, à savoir que la souveraineté territoriale est indivisible et qu'elle commande seule et exclusivement sur le territoire..... Chaque propriétaire pourrait invoquer la loi qui régit son droit sur les immeubles existant dans l'État, pourvu que, par l'application de la loi qu'il invoque, les droits de la souveraineté territoriale ne soient pas lésés. De la même manière que les lois étrangères ne peuvent s'appliquer dans l'État si elles offensent un principe d'ordre public ou de police, de même elles ne devraient pas s'appliquer, si elles lésaient les droits de souveraineté territoriale [1] ».

Au surplus la personnalité du statut des successions, légitimes ou testamentaires, dans le droit italien, est formellement reconnue par l'article 8, dont il résulte que, « en ce qui concerne soit l'ordre successoral, soit la quotité des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions, elles sont réglées par la loi de la nation de celui dont l'hérédité est ouverte, quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent ».

Quant à la substance et aux effets des obligations, ils sont déterminés par la loi du lieu où ont été faits les actes qui leur ont donné naissance; ou si les contractants sont de même nationalité, par leur loi nationale commune, sauf, dans tous les cas, la démonstration d'une volonté contraire (C. civ., art. 9).

[1] Fiore, *Dr. int. pr.*, p. 666.



Enfin la règle *Locus regit actum* valide les actes passés en la forme locale; mais il est loisible aux parties, ressortissant au même État, de préférer les formes instituées par la législation de cet État (C. civ., art. 9, §§ 1 et 2).

Pays-Bas. — Quelques auteurs ont prétendu que la territorialité absolue du droit est encore la base de la loi néerlandaise, et que, dans le système consacré par cette loi, l'étranger immigré ne peut invoquer, relativement à son état et à sa capacité, les dispositions de sa loi personnelle.

Ce système s'autorise de l'article 9 de la loi du 15 mai 1829, contenant les dispositions générales de la législation du royaume, ainsi conçu : « Le droit civil du royaume, est le même pour les étrangers que pour les Néerlandais, tant que la loi n'a pas expressément établi le contraire ». Il suffit de lire ce texte, dit-on, pour se convaincre que les étrangers sont en principe soumis, sur le territoire hollandais, aux mêmes lois que les sujets néerlandais.

Mais on a répondu avec raison que l'article 9 du Code civil a pour objet de résoudre, non pas une question de conflit de lois, mais une question de jouissance de droits; il ne soumet pas les étrangers à l'application exclusive de la loi hollandaise; il leur attribue en principe les mêmes droits privés qu'aux nationaux. C'est dans l'article 6 que se trouve traitée la matière du conflit des lois privées; cet article, presque identique à l'article 3, § 3 du Code civil français, s'exprime ainsi : « Les lois concernant *les droits*, l'état et la capacité des personnes, obligent les Néerlandais, même lorsqu'ils se trouvent en pays étranger ». Et la jurisprudence des tribunaux néerlandais, interprétant ce texte, comme est interprétée en France la disposition de l'article 3, § 3, décide d'une manière constante que les étrangers demeurent soumis, dans le royaume, aux lois d'état et de capacité de la nation à laquelle ils se rattachent, sans d'ailleurs qu'ils puissent contrevenir aux lois pénales et aux ordonnances de police qui y sont en vigueur (C. civ., art. 8)[1].

D'un autre côté, l'article 7, correspondant à l'article 3, § 2 du Code civil français, dispose que les immeubles sont régis par la loi du pays ou du lieu où ils sont situés.

Enfin, l'article 10 consacre la règle *Locus regit actum* : « La forme

[1] Asser, dans la *Revue de droit international*, 1869, p. 113 et s.

de tous les actes est réglée d'après les lois du pays ou du lieu où ils ont été faits ou passés ».

Portugal. — L'état et la capacité civile des étrangers sont régis dans le royaume par leur loi nationale (C. civ., art. 27), dans la mesure où l'application de cette dernière ne rencontre aucun obstacle dans l'ordre public. Et l'article 12 du Code de commerce ne fait que confirmer cette règle générale, lorsqu'il dispose : « La capacité commerciale des Portugais qui contractent des obligations mercantiles en pays étranger, et celle des étrangers qui les contractent sur le territoire portugais, seront réglées par la loi nationale de l'un ou de l'autre, sauf à l'égard des derniers, quand cette loi sera contraire au droit public portugais ».

Toutefois, l'article 26 du Code civil apporte à ce principe un tempérament notable, lorsqu'il fait dépendre de la loi portugaise, à moins que la loi ou les traités en aient autrement décidé, les effets que doivent produire dans le royaume les actes qui y ont été passés par des étrangers.

Enfin, la règle *Locus regit actum*, avec son caractère facultatif, se trouve consacrée par plusieurs textes du Code civil, notamment en ce qui concerne le mariage (art. 1085), le testament (art. 1965), les actes de l'état civil (art. 2456), la preuve des actes juridiques (art. 2430).

Roumanie. — Il est généralement admis que l'étranger relève, sur le sol roumain, des lois d'état et de capacité qui sont en vigueur dans sa patrie, à moins que ces lois ne soient en opposition avec la morale ou avec l'ordre public. Ainsi les lois sur le mariage, la paternité, la filiation, la puissance paternelle ou maritale, sont des lois personnelles et suivent leurs ressortissants dans le royaume; mais, d'autre part, l'esclave étranger sera fondé à se prévaloir de la loi roumaine, qui répudie l'esclavage, à l'encontre de sa loi d'origine, qui l'autorise : l'ordre public condamne l'application de cette dernière.

L'article 2, § 1 du Code civil roumain déclare soumettre à la *lex rei sitæ* tout immeuble dont le propriétaire est un étranger. Quant aux objets mobiliers, possédés par ce dernier en Roumanie, personne ne doute que, pris individuellement, ils ne soient régis par la loi roumaine. Mais, relativement aux meubles considérés *ut universitas*,

il y a controverse parmi les auteurs. Les uns, argumentant par *à contrario* de l'article 2 du Code civil, qui ne s'occupe que des seuls immeubles, leur appliquent l'adage ***Mobilia personam sequuntur***, et les assujettissent à la loi personnelle de ceux auxquels ils appartiennent. D'autres expliquent le silence gardé par le législateur, en ce qui les concerne, par le peu d'importance que la fortune mobilière paraît avoir eue à ses yeux, et, en conséquence, régissent les meubles par la loi de leur situation matérielle, ainsi que les immeubles; et cette règle, transportée par eux dans la matière des successions, les amène à appliquer toujours à la dévolution héréditaire du patrimoine la ***lex rei sitæ***, quelle que soit la nationalité du ***de cujus***. Enfin, la règle ***Locus regit actum*** valide tous les actes passés dans les formes en usage au lieu où ils interviennent (art. 2, ***in fine***, 34, 152, 855). Néanmoins, les actes contenant constitution, radiation ou réduction d'hypothèques, passés en pays étranger, ne peuvent avoir d'effet en Roumanie qu'après avoir reçu le visa du président du tribunal civil du lieu de la situation des biens (art. 1773 et 1789).

Russie. — C'est à tort que Fœlix [1] et M. Fiore [2] affirment d'une manière absolue, comme ils l'avaient fait pour le droit néerlandais, que la législation russe est rigoureusement territoriale, et ne fait aucune place à l'application des lois étrangères sur le territoire qu'elle régit. Une sorte d'enquête, à laquelle il a été procédé par les soins de l'Institut de droit international, a établi qu'en général, la capacité personnelle de l'étranger en Russie est déterminée par les lois de la nation à laquelle il appartient [3].

Qu'il en soit ainsi dans la Pologne, où le Code civil français est demeuré en vigueur, cela n'est pas douteux, et la même règle est applicable, d'une part, aux provinces qui reconnaissent l'autorité du ***Svod***, code des lois générales, qui, à moins d'exception formelle, régissent tout l'Empire russe, de l'autre à la Finlande.

Au contraire, le principe de la territorialité semble avoir prévalu dans les provinces baltiques.

Quant aux biens, ils sont en règle générale soumis à la loi du lieu où ils sont situés. Enfin, c'est la ***lex loci actus*** qui gouverne en général les actes juridiques aussi bien au fond qu'en la forme.

[1] Fœlix, *Dr. int. pr.*, t. I, p. 76.
[2] Fiore, *op. cit.*, p. 102.
[3] *Revue de droit international*, 1877, p. 401 et s.

TROISIÈME GROUPE. — *Allemagne.* — *Autriche.* — *Suisse.*

A ce groupe appartiennent les législations qui, tout en appliquant à l'état et à la capacité des étrangers la loi personnelle, lui préfèrent la loi territoriale, dans tous les cas où elle pourrait être pour un national, ou pour une personne résidant sur le sol de l'État, la source d'un préjudice.

Allemagne. — Le Code civil de l'Empire d'Allemagne, voté en 1896, et mis en vigueur le 1er janvier 1900, contient à ce point de vue d'intéressantes dispositions. Les articles 7 à 31 de sa loi d'introduction forment un véritable code du droit international privé et méritent d'être textuellement reproduits.

ART. 7. — « La capacité de contracter d'une personne est jugée d'*après les lois de l'État auquel appartient cette personne.* Lorsqu'un étranger majeur, ou ayant la situation juridique d'un majeur, acquiert la nationalité d'Empire, il conserve la situation d'un majeur, même lorsque, d'après les lois allemandes, il n'est pas majeur. *Si un étranger fait, en Allemagne, un acte juridique pour lequel il est incapable ou n'a qu'une capacité restreinte, il est réputé capable pour cet acte, en tant qu'il le serait d'après les lois allemandes.* Cette disposition ne s'applique pas aux actes relatifs au droit de famille ou au droit de succession, ni aux actes par lesquels on dispose d'un immeuble situé hors d'Allemagne.

ART. 8. — « Un étranger peut être interdit en Allemagne d'après les lois allemandes, lorsqu'il a son domicile ou, faute de domicile, sa résidence en Allemagne.

ART. 9. — « Un absent peut être déclaré décédé en Allemagne d'après les lois allemandes, lorsqu'au commencement de son absence il était Allemand. — Si, au commencement de son absence, l'absent appartenait à un État étranger, il peut être déclaré décédé en Allemagne, d'après les lois allemandes, avec effet pour les rapports juridiques qui se règlent d'après les lois allemandes, et aussi avec effet pour les biens se trouvant en Allemagne...

ART. 10. — « L'association sujette d'un État étranger et juridiquement capable d'après les lois de ce dernier, qui ne pourrait acquérir la capacité juridique, en Allemagne, que conformément aux dispositions des articles 21 et 22 du Code civil, est réputée juridiquement

capable, lorsque sa capacité juridique est reconnue par décret du Conseil fédéral...

Art. 11. — « La forme d'un acte juridique se détermine d'après les lois qui règlent le rapport juridique formant l'objet de l'acte. Il suffit néanmoins de l'observation des lois de la localité où l'acte est passé. — La disposition de l'alinéa 1, n° 2, ne s'applique pas à l'acte juridique par lequel on établit un droit sur une chose ou par lequel on dispose de pareil droit.

Art. 12. — « *A raison d'un acte illicite commis à l'étranger, l'on ne peut faire valoir contre un Allemand des droits plus étendus que ceux établis par les lois allemandes.*

Art. 13. — « La conclusion du mariage, même lorsqu'un seul des futurs est Allemand, se règle, par rapport à chacun des futurs, d'après les lois de l'État auquel il appartient. Il en est de même des étrangers qui contractent mariage en Allemagne. — Relativement à la femme d'un étranger déclaré décédé conformément à l'article 9, alinéa 2, la conclusion du mariage est jugée d'après les lois allemandes. — La forme du mariage conclu en Allemagne se détermine exclusivement d'après les lois allemandes.

Art. 14. — « Les relations juridiques personnelles des époux allemands entre eux sont jugées d'après les lois allemandes, même lorsque ces époux ont leur domicile à l'étranger. — Les lois allemandes reçoivent également application lorsque le mari a perdu la nationalité d'Empire, mais que la femme l'a conservée.

Art. 15. — « Le régime matrimonial des biens se règle d'après les lois allemandes, lorsque le mari était Allemand lors de la conclusion du mariage. — Si, après avoir contracté mariage, l'époux acquiert la nationalité d'Empire, ou si des époux étrangers ont leur domicile en Allemagne, l'on applique au régime matrimonial des biens les lois de l'État auquel appartenait le mari lorsqu'il a contracté mariage; les époux peuvent néanmoins conclure un contrat de mariage, même lorsqu'il ne serait pas possible d'après ces lois.

Art. 16. — « Si des époux étrangers ou des époux qui, après avoir contracté mariage, ont acquis la nationalité d'Empire, ont leur domicile en Allemagne, l'on applique par analogie les dispositions de l'article 1435 du Code civil; le régime légal établi par la loi étrangère est assimilé à celui qui résulterait d'un contrat. — Sont applicables les dispositions des articles 1357, 1362, 1405 du Code civil, *en tant qu'elles sont plus favorables pour les tiers que les lois étrangères.*

Art. 17. — « Le divorce est réglé d'après les lois de l'État auquel appartient le mari au jour de l'instance. — Le fait qui s'est produit, pendant que le mari était sujet d'un autre État, ne peut être invoqué comme cause de divorce que lorsque ce fait, même d'après les lois de cet État, est une cause de divorce ou de séparation. Si, au jour de l'instance, la nationalité d'Empire a été perdue par le mari, mais que la femme soit Allemande, l'on applique les lois allemandes. Il ne peut être statué en Allemagne, en vertu d'une loi étrangère, sur un divorce ni sur une séparation, que lorsque le divorce serait recevable tant d'après la loi étrangère que d'après les lois allemandes.

Art. 18. — « La filiation légitime d'un enfant se juge d'après les lois allemandes, lorsque le mari de la mère est Allemand, lors de la naissance de l'enfant, ou si le mari est décédé avant cette naissance, lorsqu'il était Allemand lors de son décès.

Art. 19. — « Les rapports juridiques existant entre les père et mère et un enfant légitime se jugent d'après les lois allemandes, lorsque le père, et, si le père est décédé, lorsque la mère possède la nationalité d'Empire. Il en est de même lorsque le père ou la mère a perdu la nationalité d'Empire, mais que l'enfant l'a conservée.

Art. 20. — « Les rapports juridiques existant entre l'enfant naturel et sa mère se jugent d'après les lois allemandes, lorsque sa mère est Allemande. Il en est de même lorsque la mère a perdu la nationalité d'Empire, mais que l'enfant l'a conservée.

Art. 21. — « L'obligation d'entretien alimentaire du père envers l'enfant naturel et son obligation de rembourser à la mère les frais de sa grossesse, de son accouchement et de son entretien alimentaire, se jugent d'après les lois de l'État auquel appartient la mère lors de la naissance de l'enfant; *l'on ne peut néanmoins faire valoir des droits plus étendus que ceux établis par les lois allemandes.*

Art. 22. — « La légitimation d'un enfant naturel, ainsi que l'adoption, se règlent d'après les lois allemandes, lorsque le père, lors de la légitimation, ou l'adoptant, lors de l'adoption, possède la nationalité d'Empire. Si le père ou l'adoptant est sujet d'un État étranger, tandis que l'enfant possède la nationalité d'Empire, la légitimation ou l'adoption est sans effet si le consentement de l'enfant ou d'un tiers avec lequel l'enfant a des relations de famille, exigé par les lois allemandes, n'a pas été donné.

Art. 23. — « Une tutelle ou une curatelle peut être ordonnée en Allemagne même pour un étranger, à défaut par l'État auquel il

appartient d'y pourvoir lui-même, lorsque, d'après les lois de cet État, l'étranger a besoin de ces mesures, ou lorsqu'il a été interdit en Allemagne. — Le tribunal des tutelles allemand peut prendre des mesures provisoires tant qu'une tutelle ou une curatelle n'a pas été instituée.

Art. 24. — « La succession d'un Allemand se règle d'après les lois allemandes, même lorsqu'il avait son domicile à l'étranger. — *Si un Allemand avait son domicile à l'étranger lors de son décès, ses héritiers peuvent se prévaloir aussi des lois en vigueur au domicile du* de cujus, *quant à la responsabilité du chef des obligations de la masse héréditaire*. Si un étranger qui a fait ou révoqué une disposition à cause de mort, acquiert la nationalité d'Empire, la validité de la confection ou de la révocation de cette disposition se juge d'après les lois de l'État auquel il appartenait lors de la confection ou de la révocation; il conserve la capacité de faire une disposition à cause de mort, même lorsqu'il n'a pas encore atteint l'âge exigé dans ce cas par les lois allemandes. Il n'est pas dérogé à la disposition de l'article 11, alinéas 1, 2.

Art. 25. — « La succession de l'étranger qui avait son domicile en Allemagne, lors de sa mort, se règle d'après les lois de l'État auquel il appartenait à cette époque. Un Allemand peut néanmoins faire valoir des droits héréditaires, même lorsqu'ils ne sont fondés que sur les lois allemandes, à moins que, d'après le droit de l'État auquel appartenait le *de cujus*, les lois allemandes ne soient exclusivement applicables à la succession d'un Allemand domicilié dans cet État.

Art. 26. — « Si des biens provenant d'une succession ouverte à l'étranger parviennent en Allemagne, par les soins des autorités allemandes, au profit des héritiers ou légataires, ayants droit d'après les lois étrangères, nul ne peut s'opposer à la remise des biens pour le motif qu'il y aurait droit comme héritier ou comme légataire.

Art. 27. — « Si d'après le droit d'un État étranger, dont les lois sont déclarées applicables par les articles 7, alinéas 1, 13, alinéas 1, 15, alinéas 2,17, alinéas 1 et 25, il y a lieu d'appliquer les lois allemandes, on applique ces dernières.

Art. 28. — « Les dispositions des articles 15, 19, 24, alinéas 1, 25 et 27 ne sont pas applicables aux objets qui ne se trouvent pas sur le territoire de l'État dont les lois sont applicables d'après ces dispositions et qui, d'après les lois de l'État sur le territoire duquel ils se trouvent, sont soumis à des dispositions spéciales.

Art. 29. — « Lorsqu'une personne n'appartient à aucun État, ses rapports juridiques, en tant que la loi nationale est déclarée applicable, se jugent d'après les lois de l'État auquel cette personne a appartenu en dernier lieu, et si, même auparavant, elle n'a appartenu à aucun État, d'après les lois de l'État dans lequel elle a, ou a eu, à l'époque à considérer, son domicile et, faute de domicile, sa résidence.

Art. 30. — « L'application d'une loi étrangère est exclue lorsque cette application serait contraire aux bonnes mœurs ou au but d'une loi allemande.

Art. 31. — « *Avec l'assentiment du Conseil fédéral, il peut être ordonné, par ordonnance du Chancelier de l'Empire que des mesures de rétorsion seront prises contre un État étranger, ainsi que contre ses nationaux et leurs successeurs juridiques* ».

Autriche. — Le § 4 du Code civil autrichien de 1811 est ainsi conçu : « Les lois civiles régissent tous les citoyens appartenant aux pays pour lesquels ces lois ont été promulguées. Les citoyens demeurent ainsi soumis aux lois civiles pour les affaires et les actes conclus hors du territoire de l'État, en tant que la capacité d'y concourir est restreinte (*eingeschränkt*) par ces lois, et en tant que ces actes et ces affaires sont destinés à produire des effets légaux dans le territoire de ces pays. *Il sera expliqué au chapitre suivant jusqu'à quel point ces lois obligent les étrangers* ».

Ce texte présente une certaine analogie avec l'article 3, § 3 du Code civil français : il s'en sépare cependant, d'une part, en ne soumettant le sujet autrichien émigré aux lois autrichiennes, qu'autant que ces dernières *restreignent sa capacité*, et encore seulement si les actes juridiques auxquels il intervient doivent produire leurs effets sur le sol de l'Empire ; de l'autre, en n'imitant pas le silence gardé par le Code civil relativement à la loi qui gouverne la capacité de l'étranger sur le sol national. En effet, le § 4 renvoie sur ce point à d'autres dispositions légales, dont la plus importante est le § 34 : « La capacité personnelle des étrangers relativement aux actes de la vie civile doit en général être jugée d'après les lois qui sont en vigueur au lieu du domicile de l'étranger, ou, à défaut d'un domicile réel, d'après les lois auxquelles l'étranger est soumis comme sujet, à moins que les lois n'en aient décidé autrement pour des cas particuliers ». Les auteurs autrichiens ne sont pas d'accord sur la portée qu'il convient d'attri-

buer à ce texte. Les uns[1] affirment que l'intention évidente du législateur a été, malgré les termes en apparence formels du § 34, de régir par le même principe l'étranger résidant en Autriche et l'Autrichien émigré, d'appliquer à l'un comme à l'autre la loi de la nation à laquelle ils appartiennent.

D'autres[2] s'en tiennent à la lettre du § 34 et distinguent entre l'Autrichien établi en pays étranger, qui ne cesse d'être gouverné par sa loi nationale (§ 4), et l'étranger en Autriche, dont l'état et la capacité sont régis par la loi de son domicile : Le domicile, disent-ils, est le centre autour duquel rayonne toute la vie juridique de l'individu; la loi du domicile lui convient mieux que la loi d'une patrie, loin de laquelle il habite. Aussi serait-il à désirer que l'Autrichien fût également régi hors de son pays par la loi de son domicile, et n'est-ce qu'en présence du § 4, qui ne laisse place à aucune équivoque, qu'il faut lui appliquer sa loi nationale. La législation autrichienne reconnaît donc à l'étranger le droit d'invoquer sur le territoire de l'Empire la loi de son domicile. Cependant, ici comme en Allemagns, ce droit comporte certaines exceptions introduites dans l'intérêt des habitants et destinées à les protéger contre toute lésion qui pourrait résulter pour eux d'une convention faite avec un étranger; nous les trouvons écrites dans les §§ 35 et 36 du Code civil autrichien.

§ 35. « Un engagement pris par un étranger en Autriche vis-à-vis d'une personne à laquelle il confère des droits, sans l'obliger elle-même envers lui, sera jugé soit d'après le présent Code, soit d'après la loi à laquelle l'étranger est personnellement soumis, suivant que l'une ou l'autre législation favorise le plus la validité de cet engagement ».

Il résulte de ce texte que si l'étranger, majeur d'après sa loi personnelle, n'a pas encore atteint l'âge de la majorité fixé par la loi autrichienne, l'engagement unilatéral qu'il a pris en Autriche sera regardé comme valable, par application de la première. Si, au contraire, mineur d'après la législation de son domicile, il a dépassé l'âge de la majorité autrichienne, l'engagement sera encore valable, mais par application de la loi autrichienne.

§ 36. « La convention synallagmatique passée en Autriche entre un

[1] Voy. notamment Vesque von Püttlingen, *Handbuch des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts*, 2e éd., p. 57.

[2] Voy. Unger, *System des oesterr. Privatrechts*, t. I, p. 163 et s.

étranger et un citoyen sera jugée, *sans exception*, d'après les dispositions du présent Code.... »

C'est donc toujours d'après la loi autrichienne que l'on jugera de la capacité d'un étranger obligé par une convention synallagmatique envers un régnicole.

Quelle est la raison de cette différence entre l'engagement unilatéral et l'engagement qui résulte d'une convention synallagmatique? On peut dire, pour la justifier, que, dans le premier cas, l'Autrichien n'ayant lui-même contracté aucune obligation, il n'y a pas de raison sérieuse pour demander qu'on juge la capacité de son débiteur étranger plutôt d'après la loi autrichienne que d'après la loi personnelle de ce dernier. Tout ce qu'il a le droit d'exiger, c'est que son engagement soit respecté, et dès lors il lui suffira, comme le décide le § 35, que cet engagement soit jugé conformément à la loi qui est la plus favorable à sa validité. Dans le second cas, au contraire, le sujet autrichien s'est lui-même obligé, et son obligation a pour *cause* celle de l'autre partie étrangère. C'est parce qu'il a cru cette dernière valable — et il n'a pu la croire telle que d'après sa propre législation, la seule qu'il connaisse, — que l'Autrichien s'est obligé. Appliquer à la convention la loi qui favorise le plus sa validité, fût-ce une loi étrangère, ce serait souvent méconnaître le véritable intérêt du régnicole, qui est peut-être de se soustraire aux conséquences d'une obligation imprudemment souscrite. C'est donc dans l'intérêt des nationaux que le § 36 du Code autrichien, aussi bien que le § 35, restreint l'application de la loi personnelle de l'étranger, avec lequel ils contractent.

Ajoutons enfin que le droit autrichien fait dépendre les meubles du statut personnel de ceux auxquels ils appartiennent, et applique aux immeubles la loi de leur situation (C. civ., § 300).

Confédération suisse. — La loi fédérale suisse sur la capacité civile du 22 juin 1881, qui a été mise en vigueur le 1er janvier 1882, reconnaît formellement, dans son article 10, que la capacité de chacun doit être, en quelque lieu qu'il se trouve, régie par sa loi nationale :

« Les dispositions de la présente loi s'appliquent à tous les ressortissants suisses, soit qu'ils résident en Suisse, *soit qu'ils demeurent à l'étranger*.

« La capacité civile des étrangers est régie par le droit du pays auquel ils appartiennent ».

Et ce texte se hâte, dans une disposition finale, d'apporter au prin-

cipe ainsi formulé une restriction analogue à celle qui nous est présentée par les législations de l'Allemagne et de l'Autriche.

« *Toutefois, l'étranger qui, d'après le droit suisse, posséderait la capacité civile, s'oblige valablement par les engagements qu'il contracte en Suisse, lors même que cette capacité ne lui appartiendrait pas selon le droit de son pays* ».

Le Code fédéral des obligations, entré en vigueur le 1er janvier 1883 [1], applique cette disposition à la matière des lettres de change :

ART. 822. — « Toutefois l'étranger qui, d'après le droit suisse, serait capable de s'obliger par lettre de change, s'oblige valablement de cette façon en Suisse, *encore qu'il soit incapable d'après le droit de son pays* ».

Une loi plus récente, la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, consacre également quelques-uns de ses articles à la matière des conflits internationaux de législations. Après avoir posé les règles relatives aux citoyens qui, originaires d'un canton, ont transporté leur domicile dans un autre canton, et résolu les conflits de lois et de juridictions cantonales que cette situation engendre, elle traite dans ses deux derniers titres, d'abord *des rapports de droit civil des Suisses à l'étranger*, ensuite *des rapports de droit civil des étrangers en Suisse*.

ART. 28. — « Les règles suivantes sont applicables aux Suisses domiciliés à l'étranger pour tout ce qui concerne le droit des personnes, le droit de famille et le droit successoral, sauf toutefois les clauses spéciales des traités internationaux :

1° Si, d'après la législation étrangère, ces Suisses sont régis par le droit étranger, ce n'est pas ce droit néanmoins, mais celui du canton d'origine qui est appliqué à leurs immeubles situés en Suisse; c'est également le canton d'origine qui exerce la juridiction en pareille matière.

2° Si, d'après la législation étrangère, ces Suisses ne sont point régis par le droit étranger, c'est le droit du canton d'origine qui leur est appliqué, et c'est également ce canton qui exerce la juridiction.

ART. 29. — « Lorsqu'un Suisse placé sous tutelle quitte la Suisse, l'autorité tutélaire, qui jusqu'alors avait exercé la tutelle, continue à l'exercer, tant que subsiste le motif de la mise sous tutelle. — Les droits attribués par l'article 15 à l'autorité tutélaire du lieu d'origine sont également maintenus.

[1] *Annuaire de législation étrangère*, 1882, p. 520 et s.

Art. 30. — « Lorsqu'il y a lieu d'instituer une tutelle pour une personne qui est absente du pays, c'est à l'autorité du canton d'origine qu'il appartient d'y pourvoir.

Art. 31. — « Les rapports pécuniaires des époux suisses dont le premier domicile conjugal est à l'étranger sont soumis à la loi du canton d'origine, pour autant que le droit étranger ne leur est pas applicable. — Le régime matrimonial établi en Suisse entre époux suisses n'est pas modifié par le transport du domicile conjugal à l'étranger, pourvu que le droit étranger ne s'oppose pas à son maintien. — Les époux suisses qui transfèrent leur domicile à l'étranger en Suisse continuent à être soumis, en ce qui concerne leurs rapports entre eux, au régime qui leur était applicable à l'étranger. Il leur est toutefois loisible de faire usage de la faculté accordée par l'article 20. Leur situation vis-à-vis des tiers est réglée par l'article 19, alinéa 2.

Art. 32. — « Les dispositions de la présente loi sont applicables, *par analogie*, aux étrangers *domiciliés* en Suisse.

Art. 33. — « La tutelle constituée en Suisse pour un étranger doit être remise à l'autorité compétente du lieu d'origine, sur la demande de celle-ci, à condition que l'État étranger accorde la réciprocité ».

Enfin l'article 34 de la loi de 1891 prend soin de réserver, en ce qui concerne les étrangers en Suisse, l'application des traités, qui ont pu ou qui pourront être conclus par la Confédération helvétique, ainsi que l'article 10, alinéas 2 et 3 de la loi fédérale sur la capacité civile du 22 juin 1881, que nous avons mentionné ci-dessus.

La loi de 1891 étend donc aux relations internationales le principe qu'elle vient d'appliquer aux rapports de canton à canton, le principe déjà affirmé par l'article 46 de la constitution fédérale de 1874, en ces termes : « Les personnes établies en Suisse sont soumises dans la règle (à la juridiction et) à la législation du lieu de leur domicile en ce qui concerne les rapports de droit civil ».

Par la prépondérance que la loi nouvelle accorde à la loi du domicile, elle s'écarte ainsi de la doctrine aujourd'hui dominante, et restreint sensiblement l'empire exercé par la loi nationale aussi bien sur les étrangers en Suisse, que sur les Suisses à l'étranger. Toutefois il ne faut rien exagérer.

Nous venons de voir que la loi de 1891 laisse intactes les dispositions de la loi de 1881 qui gouverne par la législation de leurs patries respectives la capacité civile des étrangers sur le territoire suisse, et celle des ressortissants suisses hors de leur pays.

De même encore, il n'est rien innové quant à la loi fédérale du 24 décembre 1874, d'après laquelle les étrangers qui se marient en Suisse doivent obéir aux prescriptions de leur loi nationale, tandis que les Suisses qui contractent mariage à l'étranger peuvent se conformer soit à la loi suisse, soit à la législation locale.

Ajoutons que l'analogie établie par l'article 32 entre la situation des Suisses domiciliés dans un canton autre que leur canton d'origine et celle des étrangers qui ont fixé leur domicile sur le territoire de la confédération commande d'appliquer à ces derniers leurs lois nationales, en matière d'état civil, de filiation, d'obligation alimentaire.

Enfin il résulte de l'article 28-2° que la *lex domicilii* ne saisit les ressortissants suisses eux-mêmes à l'étranger, que si la justice locale ne préfère leur appliquer la loi de leur canton d'origine, c'est-à-dire leur loi nationale.

Quand donc la règle posée par la loi de 1891 aura-t-elle pour effet de soumettre à la loi du domicile, à la loi suisse, les étrangers établis sur le sol fédéral ? Ce n'est guère, qu'en ce qui concerne la capacité de la femme mariée, la capacité de tester, la puissance paternelle, la tutelle, le régime matrimonial, la succession mobilière. Et encore la convention franco-suisse du 15 juin 1869, que la loi nouvelle déclare maintenir, a-t-elle établi, nous le verrons bientôt, des règles particulières en matière de tutelle et de succession mobilière, dans les rapports des deux pays.

QUATRIÈME GROUPE. — *Échelles du Levant et de Barbarie.* — Les Européens jouissent dans les Échelles du Levant et de Barbarie de nombreux avantages qui se résument en un mot : l'*exterritorialité.* Fictivement réputés n'avoir pas quitté le sol de leur patrie, ils continuent à relever *exclusivement* des lois qui la régissent; pour eux, la souveraineté territoriale de la loi musulmane n'existe pour ainsi dire pas ; l'application de leur législation personnelle ne trouve aucune limite dans l'*ordre public international* sur le territoire ottoman.

Cette fiction d'exterritorialité est poussée si loin, que quelques auteurs leur refusent le bénéfice de la règle *Locus regit actum*, alléguant que pour les Européens, pour les Français notamment, la *lex loci* n'est autre que leur loi personnelle, la loi du pays où ils sont censés demeurer encore.

Il y a là peut-être une exagération; la règle *Locus regit actum* ne repose pas, nous l'avons dit, sur les droits de la souveraineté terri-

toriale, mais sur l'intérêt des nationaux émigrés eux-mêmes; les obliger à recourir, en pays musulman, au ministère obligatoire de leurs consuls, ce serait les mettre dans l'impossibilité absolue d'accomplir certains actes de la vie juridique, par exemple d'épouser une femme sujette de l'État dont ils habitent le sol, puisqu'en principe[1] la compétence des agents consulaires se limite à leurs seuls nationaux; on retournerait ainsi contre les Européens une fiction établie à leur profit.

Nous ne poursuivrons pas plus loin l'étude des principes fondamentaux sur lesquels repose la solution du conflit des lois. Aussi bien la doctrine de la personnalité du droit, à laquelle nous nous sommes rallié, réalise-t-elle tous les jours, grâce à l'impulsion énergique de l'*Institut de droit international*, de nouvelles et précieuses conquêtes, et le temps n'est pas éloigné où la plupart des Codes qui régissent les nations civilisées lui auront fait accueil; les importantes résolutions prises en 1902 par la Conférence de droit international privé réunies à La Haye, sont à ce point de vue remplies de promesses.

Nous allons maintenant rechercher quelles applications cette doctrine peut recevoir en France, dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, prenant toujours comme point de départ la *personne*, à laquelle le droit tout entier se rapporte.

Les trois chapitres qui suivent seront consacrés à l'étude des divers conflits relatifs, soit à la personne envisagée en elle-même, soit à la personne considérée dans ses rapports avec la famille, avec le patrimoine. Enfin, dans un appendice, nous nous demanderons si les principes qui gouvernent à ce point de vue la condition des personnes physiques doivent être appliqués aux personnes morales de création étrangère, admises à exercer leurs droits sur le territoire français et aux personnes morales françaises, à l'étranger

[1] Cf. cependant la loi française du 29 novembre 1901, qui a modifié l'article 170 du Code civil.

CHAPITRE II

CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA PERSONNE ENVISAGÉE EN ELLE-MÊME.

Sommaire.

TITRE I

Des actes de l'état civil.

L'*état civil* d'une personne comprend l'ensemble des qualités dont elle est revêtue dans la société. Ces qualités naissent et meurent avec elle; mais, dans l'intervalle qui sépare la naissance et la mort, elles peuvent recevoir des modifications importantes et nombreuses. Or, il est de l'intérêt de tous, aussi bien de l'État auquel appartient un droit de surveillance et de haute police sur tous ceux qui habitent son territoire, que du particulier qui peut avoir, en maintes circonstances, à justifier de son individualité, que des tiers appelés à traiter

avec lui, que tous les faits constitutifs de l'état civil soient constatés avec certitude : de là l'institution des actes de l'état civil qui est aujourd'hui d'une pratique universelle.

En France, on désigne sous le nom d'*actes de l'état civil* les *écrits* par lesquels un officier public, ayant compétence à cet effet, relate les événements intéressant l'état des personnes, c'est-à-dire la naissance, l'émancipation, la reconnaissance d'enfant naturel, l'adoption, l'interdiction, le mariage et la mort; mais, dans le langage courant, cette dénomination s'applique plus spécialement aux actes de naissance, de mariage et de décès, dont la rédaction est confiée aux officiers municipaux.

La tenue des registres de l'état civil n'appartient pas encore, dans tous les pays, aux représentants de l'autorité civile. S'il en est ainsi aujourd'hui en Allemagne, en Belgique, en Bulgarie, en Espagne, dans la Grande-Bretagne, en Grèce, en Hongrie, en Italie, aux Pays-Bas, en Suisse, au Mexique, dans la Roumélie orientale, quelques législations ont conservé aux ministres du culte le droit exclusif de constater les événements relatifs à l'état civil de leurs paroissiens. Ce système fonctionne notamment au Danemark, en Suède, en Turquie. En Autriche, les registres concernant les personnes appartenant à un culte reconnu sont tenus par le clergé qui le dessert; ceux, relatifs à des personnes qui ne font profession d'aucun culte reconnu, sont rédigés par le chef du district ou par l'autorité communale. En Pologne, les actes intéressant les chrétiens sont dressés par le clergé; ceux qui concernent les non-chrétiens sont tenus par le bourgmestre. Une distinction semblable est faite par la loi russe entre les sujets orthodoxes et les dissidents, pour les uns la rédaction des actes de l'état civil est confiée au clergé officiel; pour les autres, elle est confiée aux autorités administratives locales. De même au Portugal, les actes de l'état civil des sujets catholiques sont reçus par le clergé; ceux des sujets non-catholiques, par l'administrateur de la commune.

Laissant de côté les dispositions particulières à tel ou à tel acte de l'état civil, notamment aux mariages internationaux, dont il sera traité plus loin, nous examinerons dans trois sections distinctes les règles générales qui concernent :

1° La réception des actes de l'état civil des Français en pays étranger;

2° La réception des actes de l'état civil des étrangers en France;

3° L'échange entre les divers gouvernements des actes relatifs à l'état civil de leurs ressortissants.

Section I. — *De la réception des actes de l'état civil des Français à l'étranger.*

Lorsqu'un individu naît à l'étranger d'un père français, lorsqu'un Français s'y marie, lorsqu'il y meurt, à quelle autorité appartient-il d'en dresser acte?

Le Code civil reconnaît compétence à cet effet : *a*) aux autorités étrangères du lieu où le fait à certifier s'est passé; *b*) aux agents diplomatiques ou consulaires français; *c*) dans certains cas exceptionnels, sur lesquels nous n'avons pas à insister ici, aux autorités militaires françaises.

Compétence des autorités locales étrangères. — « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, *fera foi*, s'il a été reçu dans les formes usitées dans ledit pays » (C. civ., art. 47).

Il ne s'agit dans ce texte que de la *force probante* de l'acte, que de ses formes extérieures, auxquelles s'applique la règle *Locus regit actum;* quant à la validité intrinsèque du fait qu'il constate, elle est, cela va sans dire, subordonnée à l'accomplissement des conditions de fond, prescrites par la loi nationale des parties. En d'autres termes, la loi française accorde autant de confiance aux attestations émanant des officiers publics étrangers qu'elle en attacherait à celles d'un officier de l'état civil français; elle tient pour vrai le fait qu'ils ont certifié; mais, dans un cas comme dans l'autre, les tribunaux auront à juger, si quelque contestation s'élève, de sa valeur juridique.

Les autorités étrangères, appelées à constater un fait intéressant l'état civil d'un Français, ne pourront d'ailleurs, à raison même de leur qualité, recourir qu'aux formes admises par la loi locale (C. civ., art. 47). C'est ainsi que, dans les pays où il n'est pas dressé d'actes de naissance proprement dits, la naissance d'un enfant français sera suffisamment constatée, soit par un acte de baptême, soit par tout autre mode de preuve reconnu par la législation locale; c'est cette dernière qui déterminera l'officier public compétent, le nombre des témoins dont l'assistance est requise, le délai dans lequel l'acte doit être rédigé; c'est encore elle qui mesure le degré de force probante de l'acte ainsi reçu en pays étranger. Toutefois, en admettant qu'aucun acte de l'état civil n'ait pu être dressé à l'étranger, pour quelque cause que ce soit, rien ne s'opposerait, suivant nous, à ce

que l'article 46 du Code civil fût appliqué à cette hypothèse : les parties seront donc reçues à prouver le fait allégué « tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés que par témoins ». Au tribunal saisi il appartiendra de dire si la preuve fournie est suffisante. Enfin il ne nous paraît pas douteux que la rectification d'un acte de l'état civil dressé par un officier public étranger pour le compte d'un de nos nationaux ne puisse être ordonnée par la justice française.

D'ailleurs, il importe peu, à ces divers points de vue, que l'acte concerne seulement un Français ou, comme un mariage mixte, à la fois un étranger et un Français. Un acte de l'état civil reçu par un officier étranger fera donc foi en France, mais pour cela il importe qu'aucun doute ne puisse s'élever touchant la qualité de ce dernier. De là, la nécessité d'une *légalisation*, par laquelle un fonctionnaire français certifiera l'identité de l'officier public étranger. L'ordonnance de 1681 subordonne la force probante de tout acte expédié en pays étranger à la légalisation du consul français, et cette exigence n'a rien perdu de son utilité et de son caractère obligatoire. La signature du consul français doit elle-même être légalisée par le ministre des Affaires étrangères ou par son délégué[1].

Compétence des agents diplomatiques ou consulaires français. — « Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger *sera valable*, s'il a été reçu *conformément aux lois françaises* par les agents diplomatiques ou par les consuls » (C. civ., art. 48).

Quel est le fondement de la compétence attribuée par ce texte aux agents diplomatiques et consulaires français, à l'effet de dresser les actes de l'état civil concernant nos nationaux en pays étranger.

Les uns la rattachent à l'exterritorialité diplomatique; l'ambassadeur, dit-on, représente son pays que, par une fiction du droit des

[1] Ordonnance du 25 octobre 1833, art. 6 et 9. — Ces règles ont subi, par l'effet de conventions internationales, quelques modifications dans les rapports de la France et de plusieurs Puissances. Une déclaration, arrêtée le 14 juin 1872 entre les Gouvernements français et allemand, dispose que les actes de l'état civil délivrés en Alsace-Lorraine et produits en France, et inversement les actes de l'état civil délivrés en France et produits en Alsace-Lorraine, seront admis par les autorités respectives des deux pays, pourvu qu'ils aient été légalisés soit par le président du tribunal, soit par un juge de paix.

Et le même régime a été appliqué, relativement aux pièces à produire pour contracter mariage, d'abord au grand-duché de Luxembourg, par la déclaration du 24 décembre 1867, ensuite à la Belgique, par une convention du 18 octobre 1879.

gens, il est réputé n'avoir pas quitté; son hôtel est censé faire partie du territoire national, et il y instrumente, conformément aux lois françaises, exactement comme le ferait un officier de l'état civil français dans une commune française. La conséquence de ce système, presque universellement repoussé, c'est que de même qu'un maire français pourrait recevoir en France un acte de l'état civil concernant conjointement un étranger et un Français, ou même exclusivement un ou plusieurs étrangers, de même aussi nos agents accrédités à l'étranger seraient fondés à dresser des actes de l'état civil intéressant des personnes de nationalité étrangère.

Nous croyons que le privilège de l'exterritorialité n'est pour rien dans la disposition de l'article 48. L'indépendance de nos représentants à l'étranger, que l'exterritorialité a pour seul objet de défendre, survivrait à son abrogation. Ce texte, suivant nous, a pour but d'empêcher que l'application rigoureuse de la règle *Locus regit actum* aux actes de l'état civil de nos nationaux émigrés ne soit pour eux une cause d'embarras ou de dommage. Quelques pays, en effet, n'ont pas encore retiré à l'autorité ecclésiastique la tenue des registres des naissances, des mariages et des décès : or, il pourrait arriver, si la règle de l'article 47 était seule écrite dans le Code civil, qu'un Français fût, à raison de sa religion, dans l'impossibilité absolue de faire constater au dehors les événements constitutifs de son état civil, ou contraint d'acheter cette constatation, au prix d'une abjuration.

Il a été dit ci-dessus que la règle *Locus regit actum* doit en principe être considérée comme facultative, en ce sens que, inspirée surtout par l'intérêt de l'étranger, elle ne l'empêche pas d'observer, dans les actes de sa vie civile, les *formalités* prescrites par sa loi personnelle, lorsque cette observation lui est matériellement possible. L'article 48 rappelle cette faculté d'option et l'applique à la matière des actes de l'état civil. Sans doute le Français ne peut pas, sur le sol étranger, se soumettre rigoureusement à toutes les règles établies par sa loi nationale. S'il habite un État où l'Église est seule dépositaire des registres publics, il ne trouvera pas de fonctionnaire public, qui soit autorisé à condescendre à ses désirs; et en fût-il autrement, cette condescendance n'ira certainement pas jusqu'à faire abstraction de la loi étrangère et à tenir exclusivement compte des dispositions de la loi française. Aussi notre texte tranche-t-il la difficulté, en transportant aux agents diplomatiques et consulaires français le droit de recevoir à l'étranger les actes de l'état civil de nos nationaux.

Mais, si l'article 48 déroge, dans l'intérêt des Français, à la règle *Locus regit actum*, il semble qu'il ne peut avoir en principe d'application qu'au regard des Français. Si donc l'acte de l'état civil concerne à la fois un Français et un étranger, il ne doit pouvoir être dressé hors de France que dans les formes établies par la législation locale, conformément à la règle *Locus regit actum*. Les agents français accrédités par le Gouvernement français ne sauraient, sans empiéter sur la souveraineté de l'État étranger, exercer la moindre autorité sur ses ressortissants. La souveraineté personnelle que la loi française exerce sur nos nationaux, même émigrés, et dont procède la compétence de nos agents diplomatiques et consulaires, n'a aucune prise sur l'étranger.

La Cour de cassation s'était montrée très affirmative en ce sens par le fameux arrêt Sommaripa, rendu le 10 août 1819. Mais la loi du 29 novembre 1901 a cru devoir, tout au moins en ce qui concerne le mariage, admettre une solution différente. Par une disposition nouvelle jointe à l'article 170 du Code civil elle autorise les agents diplomatiques et consulaires français, *mais seulement dans les pays qui seront désignés à cet effet par un décret du Président de la République*[1], à célébrer des mariages entre Français et étrangers.

Les agents diplomatiques ou consulaires doivent, lorsqu'ils remplissent à l'étranger les fonctions d'officiers de l'état civil, suivre les règles de forme édictées par la loi française (C. civ., art. 48). Application de cette idée a été faite par l'ordonnance du 23 octobre 1833 (art. 1, 2 et 3). Mais l'article 55 du Code civil, modifié par la loi du 21 juin 1903, s'en écarte sur un point spécial, lorsqu'il décide qu'en pays étranger, les déclarations de naissance aux agents diplomatiques et consulaires de France doivent être faites dans les *dix jours* de l'accouchement, sans préjudice des prolongations de délai qui peuvent être accordées à certaines circonscriptions consulaires par un décret du Chef de l'État.

SECTION II. — *De la réception des actes de l'état civil des étrangers en France.*

Les actes intéressant l'état civil des étrangers en France peuvent être rédigés soit par les autorités françaises, dans les formes locales, soit par des agents diplomatiques ou consulaires qui représentent

[1] Ces pays sont la Turquie, la Perse, l'Égypte, le Maroc, Mascate, le Siam, la Chine et la Corée (Décret du 29 décembre 1901).

leur pays sur notre territoire, pourvu que la loi personnelle étrangère attribue compétence à ces derniers.

Des actes relatifs aux étrangers, passés devant les officiers de l'état civil français, nous n'avons rien à dire. La règle *Locus regit actum* s'applique; toutes les prescriptions de la loi française concernant la forme de l'acte, le délai dans lequel il doit être rédigé, la compétence de l'officier public, le nombre et la qualité des témoins, la rectification, devront être obéies, sans préjudice, bien entendu, de celles qui gouvernent la capacité des parties et qui sont du domaine de leurs lois personnelles.

Les agents diplomatiques et consulaires étrangers peuvent aussi être investis par leurs gouvernements respectifs sur notre territoire des attributions d'officiers de l'état civil au regard de leurs nationaux. Il en est ainsi notamment en Belgique, où l'article 48 du Code civil de 1804 est encore en vigueur[1]; en Angleterre, où la loi du 28 juillet 1849 paraît reconnaître la compétence des consuls anglais, même pour célébrer le mariage d'un sujet anglais avec une personne étrangère; en Allemagne (L. du 4 mai 1870 et du 6 février 1875, art. 85); en Italie (C. civ., art. 368; L. du 28 juin 1866, art. 29); en Suisse, où l'article 13 de la loi fédérale du 24 décembre 1874 autorise le conseil fédéral à conférer, lorsqu'il le jugera utile, aux agents de la Confédération à l'étranger, des attributions relatives à l'état civil et à la célébration des mariages entre Suisses et entre Suisses et étrangers; aux Pays-Bas (L. du 25 juillet 1871, du 9 novembre 1875 et du 15 avril 1886), etc.

Nos tribunaux reconnaîtront-ils la validité des actes de l'état civil dressés en France par un ambassadeur ou par un consul étranger? La négative se concilierait mal avec l'article 48 du Code civil. En demandant aux autorités étrangères de considérer comme valables les actes rédigés hors de France par nos propres agents, le législateur français s'engage par là même à respecter ceux que les représentants des autres nations pourront dresser sur le sol français. La jurisprudence paraît fixée en ce sens. Mais, comme, suivant l'opinion commune, la compétence des agents diplomatiques et consulaires français à l'étranger se restreint tout au moins dans les pays de chrétienté, aux actes de l'état civil qui n'intéressent que des Français, il n'est que juste de limiter en France celle des agents étrangers aux actes

[1] Aj. la loi du 20 mai 1882.

exclusivement relatifs à leurs nationaux et de refuser toute force probante, par exemple à l'acte par lequel un consul étranger constaterait qu'il a célébré en France le mariage d'un Français avec une étrangère.

Section III. — *De l'échange international des actes de l'état civil.*

La nationalité établit entre l'État et chacun de ses ressortissants des droits et des obligations réciproques très nombreux. L'État français a donc un intérêt incontestable à connaître tous les faits qui, accomplis loin de son territoire, concernent la personne et la condition juridique de ses nationaux; et cet intérêt apparaît surtout aujourd'hui que la loi du 15 juillet 1889 astreint au service militaire personnel tous les Français valides, de vingt à quarante-cinq ans. Si les actes de l'état civil dressés en pays étrangers devaient échapper à la vigilance des autorités françaises, combien de femmes, dans les départements voisins de nos frontières, n'hésiteraient pas à aller accoucher en pays étranger, dans l'espoir de soustraire leurs enfants à l'impôt du sang?

Le Code civil de 1804, s'il prescrivait pour les actes de mariage entre Français, rédigés en pays étranger, la formalité d'une transcription, sur laquelle nous aurons à revenir (C. civ., art. 171), n'ordonnait aucune mesure propre à faire connaître en France les actes de naissance ou de décès relatifs à nos nationaux expatriés. Cependant cette lacune n'avait pas passé inaperçue, et, sur l'article 13 du projet, qui est devenu l'article 47 du Code, Tronchet avait proposé l'addition suivante : « Les actes faits en pays étranger seront reportés sur les registres tenus en France. » Cette rédaction, appuyée par Bigot-Préameneu, aurait vraisemblablement été accueillie, si Berlier ne lui avait objecté « qu'il serait toujours matériellement impossible de reporter l'acte à sa date sur les registres ». Sur cette observation, Tronchet déclara retirer son amendement. Ainsi s'explique le silence gardé par le législateur de 1804 sur les actes de naissance et de décès reçus en pays étranger, pour le compte de nos nationaux.

Cette lacune a été en partie comblée par la loi du 8 juin 1893, qui a ajouté à l'article 48 une disposition, aux termes de laquelle « un double des registres de l'état civil tenus par les agents diplomatiques ou par les consuls de France doit être adressé à la fin de chaque an-

née au ministre des Affaires étrangères qui en assurera la garde et pourra en délivrer des extraits ».

Mais rien n'avait été fait pour les actes concernant nos nationaux, rédigés hors de France par des autorités étrangères, dans les formes locales. La diplomatie s'est préoccupée de cette situation, et plusieurs conventions internationales y ont porté remède dans les rapports de la France avec les États limitrophes, en stipulant la communication réciproque des actes de l'état civil intéressant les nationaux respectifs des Puissances contractantes.

En dehors du traité de paix franco-allemand de 1871, les seules conventions qui aient été conclues, à cet effet, jusqu'ici par la France, sont celles avec l'Italie, du 13 janvier 1875, avec le grand-duché du Luxembourg, du 14 juin 1875, avec la Belgique, du 25 août 1876, avec la principauté de Monaco, du 24 mai 1881, avec le Chili, du 24 août 1899, avec l'Autriche-Hongrie, du 29 août 1902. Un projet de déclaration semblable avait été arrêté le 1er décembre 1875, entre le Gouvernement français et le Gouvernement fédéral suisse; mais le conseil national refusa de lui donner sa sanction, sous le prétexte que la communication des actes de naissance des Français nés dans les cantons frontières serait de nature à causer des embarras graves, tant que la France n'aurait pas renoncé à réclamer comme ses nationaux les enfants nés en Suisse de parents français, ayant acquis plus tard la nationalité fédérale[1].

Par les conventions dont il vient d'être parlé, les Puissances contractantes s'engagent réciproquement à se transmettre, à des époques déterminées (*tous les trois mois* ou *tous les six mois*), et sans frais, les actes de naissance, de mariage et de décès qui concernent leurs *ressortissants respectifs;* les difficultés si nombreuses relatives à la nationalité sont d'ailleurs expressément réservées; la délivrance et l'acceptation, par les autorités administratives de l'un et de l'autre État, des extraits concernant l'état civil, ne préjugent en rien leur solution, qui est du domaine exclusif des tribunaux. En général, on se borne à stipuler la communication réciproque des actes de naissance, de mariage et de décès : cependant l'article 3 du traité franco-belge oblige « les officiers de l'état civil, en France et en Belgique, à se donner mutuellement avis par la voie diplomatique des reconnaissances et

[1] Je rappelle qu'un traité franco-suisse a réglé, à la date du 23 juillet 1879, la situation légale des individus nés en Suisse de parents français plus tard naturalisés Suisses.

légitimations d'enfants naturels, inscrites dans les actes de mariage ».

Voyons maintenant comment s'opère l'échange international des actes de l'état civil.

Tout officier municipal français, qui a reçu un acte relatif à l'état civil d'un étranger, en envoie une expédition, dispensée de la formalité du timbre, au préfet ou au sous-préfet de l'arrondissement, qui la légalise. Ce fonctionnaire la transmet au ministre de l'Intérieur, son supérieur hiérarchique, par lequel elle est adressée au ministre des Affaires étrangères, qui, à son tour, la communique à la légation de l'État auquel elle se rapporte.

La transmission s'effectue de la même manière pour les actes concernant des nationaux français, qui ont été dressés en pays étranger. Copie de ces actes est envoyée à l'officier de l'état civil du lieu de naissance ou du dernier domicile de l'intéressé, soit, à défaut, de ses ascendants. Mais ici se présente une difficulté. L'officier de l'état civil français sera-t-il tenu d'effectuer sur ses registres la transcription qui lui est demandée? Nous ne le croyons pas; l'article 171 du Code civil n'exige la transcription que pour les actes constatant le mariage de nos nationaux à l'étranger; et aucune obligation légale n'est imposée aux municipalités françaises, en ce qui touche les actes de naissance et de décès. Le Garde des sceaux le reconnaissait, d'ailleurs, lorsque, dans sa circulaire du 11 mai 1875, il faisait appel à la bonne volonté des officiers de l'état civil, pour ne pas entraver l'application des traités [1].

Dans tous les cas, la transcription sur les registres français, des actes concernant nos nationaux, qui ont été reçus à l'étranger, n'intéresse en rien leur validité; elle ne peut avoir pour effet de couvrir les nullités dont ils seraient entachés. Néanmoins, dans l'opinion de certains auteurs, cette transcription serait nécessaire pour attribuer compétence aux tribunaux français, à l'effet d'ordonner les rectifications dont l'acte est susceptible.

[1] Dans tous les cas, il résulte d'une disposition ajoutée par la loi du 8 juin 1893 à l'article 47 du Code civil que, lorsqu'un acte de l'état civil concernant des Français et dressé à l'étranger dans les formes locales est transmis au ministère des Affaires etrangères, il doit y rester déposé pour en être délivré des expéditions.

TITRE II

Des absents.

L'*absence* est, dans le sens usuel de ce mot, l'état d'une personne qui ne se trouve pas dans un lieu déterminé. Mais, si on l'emploie dans l'acception technique que lui a prêtée le Code civil, l'*absent* est celui qui a disparu de son domicile ou de sa résidence habituelle, sans donner de ses nouvelles, et dont on ne peut par conséquent affirmer l'existence.

La situation juridique de l'absent mérite d'appeler l'attention du législateur à un triple point de vue : 1° au point de vue de l'absent lui-même, que sa disparition rend incapable de veiller à ses intérêts; 2° au point de vue des tiers qui ont sur ses biens des droits subordonnés à son décès; 3° enfin au point de vue de la société, qui est intéressée à ce que le patrimoine, que l'absent a laissé derrière lui, ne reste pas sans maître et à ce que le cours de la transmission des biens qui le composent ne soit pas indéfiniment suspendu.

De là les dispositions que la plupart des codes ont consacrées à la matière de l'absence, sous le nom de *déclaration d'absence* ou de *déclaration de mort*.

Leur diversité occasionnera parfois certains conflits qu'il s'agira de résoudre. Suivant quelle loi déterminera-t-on la situation juridique de la personne disparue?

Prenons un sujet hollandais, domicilié sur le territoire français, et y ayant des biens; il quitte son domicile et en reste éloigné pendant plus de cinq ans, sans donner aucun signe de vie. Est-ce la loi hollandaise, qui est sa loi nationale, ou la loi française, qui est la loi de son domicile et de la situation de ses biens, qui devra être consultée sur les mesures à prendre à son égard?

Aucune hésitation ne nous paraît possible. L'absence est une modification de l'état de la personne disparue; l'existence de cette dernière étant devenue incertaine, ses droits sont en quelque sorte paralysés, sa capacité suspendue, sa succession ouverte. La théorie générale que nous avons admise sur la solution du conflit des lois nous oblige donc à appliquer ici la loi nationale hollandaise, toutes les fois que l'intérêt de l'État français n'y fera pas obstacle.

Cet intérêt se manifeste assurément dans les mesures conservatoires qui seront ordonnées par le tribunal pendant la période de présomption d'absence; la fortune publique étant formée de l'ensemble des fortunes particulières, il importe à l'État que ces dernières ne soient pas compromises part un défaut d'administration. Le tribunal français du domicile, de la résidence, ou, à défaut de la situation des biens de l'absent pourra donc et devra veiller à la conservation de son patrimoine, encore que la loi hollandaise ne contienne aucune disposition à cet égard. Enfin, c'est encore d'après la loi française qu'il faudra apprécier le délai après lequel les ayants droit pourront réclamer l'envoi en possession des biens de l'absent, pourvu que le délai de la loi française soit plus court que celui de la loi étrangère; dans ce cas, en effet, c'est le souci de l'intérêt général qui a porté le législateur à limiter le plus possible la période de l'administration judiciaire du patrimoine, qui n'est pas favorable à sa bonne gestion.

Mais, cette part faite à l'*ordre public international*, nous croyons que le tribunal français devra tenir compte, dans le jugement qui lui est demandé, et en admettant qu'il soit compétent pour le rendre [1], de la loi nationale de l'absent. Il déclarera donc sa mort, conformément au Code hollandais, et cette *déclaration de mort* produira même en France, les effets que ce Code y attache.

Qu'il en soit ainsi des effets relatifs à la personne de l'absent, on le reconnaît généralement; mais il va sans dire que son conjoint ne pourra, encore que la loi hollandaise lui en donne le droit (C. civ., art. 550), obtenir du tribunal français l'autorisation de contracter une nouvelle union, qui serait, au regard de nos lois, entachée de bigamie (C. civ. fr., art. 139; C. pén., art. 340), et par conséquent contraire à l'*ordre public international*.

C'est d'après la loi hollandaise que les héritiers présomptifs de l'absent seront appelés à l'*usufruit* de ses biens situés en France (C. civ. néerl., art. 530); et c'est la loi hollandaise qui détermine leur titre héréditaire et l'étendue de leur droit, même s'ils appartiennent à une nationalité différente de celle de leur auteur et relèvent ainsi d'une autre législation; dans le conflit de la loi personnelle de l'héri-

[1] La Cour de cassation admet la compétence de la juridiction française pour déclarer l'absence d'un étranger ayant été domicilié de fait en France, à la demande d'un Français. Cass., 27 décembre 1897 (*Journal du dr. int. pr.*, 1898, p. 334).

tier et de celle du *de cujus*, c'est en effet à cette dernière qu'il faut donner la préférence, ainsi que nous l'établirons, lorsque nous traiterons des successions en droit international privé.

Les partisans de la théorie des statuts accordent que les biens *meubles* de l'absent doivent être dévolus conformément à sa loi nationale; mais pour les *immeubles*, ils s'attachent rigoureusement à la loi de leur situation. Dans notre espèce, on appliquerait donc aux immeubles laissés en France par le Hollandais disparu les règles établies par la loi française pour l'envoi en possession provisoire, pour l'envoi en possession définitif, pour la perception des fruits. De même la loi prussienne, la loi autrichienne, la loi russe gouverneraient la transmission des biens de l'absent situés sur les divers territoires qu'elles régissent. Ce système, qui aboutit à l'émiettement du patrimoine, et à des difficultés presque insurmontables, a rencontré dans la jurisprudence une certaine faveur. L'article 3, § 2 du Code civil, dont s'autorisent ses défenseurs, n'a cependant pas, nous croyons l'avoir en principe démontré, la portée absolue qu'ils lui prêtent. Les lois qui attribuent aux héritiers présomptifs de l'absent la jouissance et la disposition de ses biens sont des lois d'ordre privé, et la souveraineté territoriale n'a aucun intérêt à en restreindre l'application; pas plus qu'elle n'a qualité, comme nous le verrons ci-dessous, pour soumettre dans tous les cas à la loi de la situation la dévolution héréditaire des immeubles laissés par un *de cujus* étranger. La démonstration qui sera faite à propos de cette dernière hypothèse n'est pas moins concluante ici.

TITRE III

Des incapables.

Sous le nom d'*incapables*, on comprend ordinairement tous ceux auxquels la loi ou la justice a cru devoir, soit dans l'intérêt de tous, soit dans un intérêt particulier, retirer ou suspendre la jouissance ou l'exercice d'un ensemble de droits. Ces incapacités générales sont très diverses de leur nature. Les unes se justifient par des considérations familiales : telle l'incapacité de la femme mariée. D'autres sont motivées par l'intérêt des créanciers de celui qu'elles atteignent : telle l'incapacité du failli. D'autres, commandées par l'intérêt social, sont attachées à certaines condamnations pénales : telle, dans plusieurs

législations, la mort civile; telles, dans notre droit, les déchéances écrites dans la loi du 31 mai 1854, la dégradation civique, l'interdiction légale et l'interdiction prononcée par les tribunaux correctionnels, conformément à l'article 42 du Code pénal. D'autres frappent certaines races, certaines religions, certaines professions. Enfin, d'importantes incapacités, que l'on peut appeler *naturelles*, dérivent soit de l'âge, soit d'une infériorité intellectuelle, et sont inspirées par une vue de protection.

Mettons à part l'incapacité de la femme mariée; aussi bien en sera-t-il question au chapitre suivant, à l'occasion du mariage, dont elle constitue un des principaux effets. Mettons à part celle du failli, que nous retrouvons dans notre quatrième livre, et contentons-nous de parcourir les conflits qui peuvent naître des autres incapacités reconnues par la loi.

Section I. — *Incapacités résultant de l'âge.*

Minorité. — Toutes les législations divisent la vie humaine en deux périodes : La première est celle où, poursuivant son développement physique et intellectuel, l'homme est naturellement incapable, à cause de l'insuffisance de son jugement et de sa raison, d'accomplir les actes de la vie civile, et où il est nécessaire de placer à côté de lui un guide et un conseil, qui puisse venir en aide à sa faiblesse; c'est la période de la *minorité*. La seconde période, est celle où l'homme, parvenu à la maturité de ses forces et de son intelligence, peut désormais exercer ses droits par lui-même : il est *majeur*.

A quel signe reconnaîtra-t-on le moment précis où l'inexpérience fait place à la maturité, où l'enfant devient homme ?

Après s'être attaché à l'*habitus corporis*, c'est-à-dire à la conformation physique de celui dont il s'agit d'apprécier la capacité, le droit romain avait fini, sous l'influence des jurisconsultes proculiens, par admettre une règle immuable. Justinien avait fixé à quatorze ans pour les garçons, à douze ans pour les filles, l'âge de la *puberté*. A l'origine les *pubères* étaient entièrement capables; mais, depuis la loi *Plætoria*, on en était arrivé, par des mesures successives, à réserver la plénitude de la capacité civile aux seuls majeurs de vingt-cinq ans (*perfecta aetas*).

L'article 488 du Code civil français, reproduisant la règle déjà

écrite dans la loi du 20 novembre 1792, place à vingt et un ans accomplis l'âge de la majorité. La même règle est suivie en Italie, en Portugal, en Russie, en Allemagne, au Mexique, en Roumanie, en Suède, en Norvège, en Grèce, au Luxembourg, au Brésil, dans les pays régis par la *Common-law* (Angleterre et États-Unis) et dans l'État de Louisiane. En Suisse, la loi fédérale du 22 juin 1881, article 1er, dispose que, pour les deux sexes, la majorité sera acquise à vingt ans, et que d'autre part elle résulte de tout mariage contracté antérieurement à cet âge. Dans la République argentine, la majorité est fixée à vingt-deux ans. Aux Pays-Bas et en Espagne, elle est retardée à vingt-trois ans. En Autriche, on n'est majeur qu'à vingt-quatre ans; et il en est de même en Hongrie, si ce n'est pour les femmes, que leur mariage, contracté à quelque époque que ce soit, rend majeures. Enfin dans certains pays, en Danemark et au Chili notamment, on retrouve la *perfecta aetas* de vingt-cinq ans, la majorité romaine.

Qu'un Français veuille agir en pays étranger, ou qu'un étranger veuille exercer sur notre territoire les droits que nous lui avons reconnus, d'après quelle loi mesurera-t-on l'étendue de sa capacité? Les développements qui ont été consacrés dans le chapitre précédent à l'article 3 du Code civil et aux dispositions correspondantes des lois étrangères nous dispensent d'entrer dans de longs détails. C'est la loi nationale du Français à l'étranger, c'est la loi personnelle de l'étranger en France qui détermineront l'époque de leur majorité respective, comme étant la mieux appropriée à leur race, à leur tempérament. Le Français sera donc partout majeur à vingt et un ans; et partout il accomplira valablement les actes de la vie civile, dans les limites qui lui seront assignées soit, comme en Belgique, par l'intérêt social, soit même, comme en Prusse, en Autriche, en Suisse, par l'intérêt privé des habitants. Et réciproquement, l'étranger majeur d'après sa loi personnelle sera réputé pleinement capable d'agir en France, pourvu qu'il n'y contrevienne pas aux lois d'*ordre public international*.

Cette règle n'est cependant pas appliquée sans tempérament aux étrangers présents sur notre territoire; à plusieurs reprises, il a été jugé qu'un mineur étranger, bien qu'incapable de contracter valablement d'après sa loi nationale, ne peut demander la nullité des engagements qu'il a pris à l'égard de Français, si aucune imprudence n'est imputable à ses créanciers.

Dans tous les cas, c'est la loi personnelle du mineur qui limitera le délai dans lequel sera enfermé l'exercice de son action en rescision, à moins qu'il n'oppose la nullité de l'acte auquel il est intervenu par voie d'exception aux poursuites dirigées contre lui; il est en effet de principe que l'exception dure aussi longtemps que l'action contre laquelle elle sert de moyen de défense.

Tutelle. — Mais comment résoudra-t-on les conflits qui naissent de la contrariété des lois relatives à la tutelle du mineur? Déterminera-t-on le lieu de son ouverture, les personnes qui seront appelées à la gérer, les effets qu'elle produira, par la loi du pays où sont situés les biens du mineur, compris dans l'administration tutélaire, ou, au contraire, la théorie de la personnalité du droit recevra-t-elle son application rigoureuse?

Il nous suffira, pour repousser le premier système, qui est en vigueur en Angleterre et aux États-Unis, et qui trouve d'ailleurs sa réfutation dans nos développements antérieurs, de faire remarquer que l'autorité du tuteur a pour objet direct et principal la personne de l'incapable, et que, alors même que le patrimoine de ce dernier en ressentirait quelque effet, l'*ordre public international* n'exige pas que la loi territoriale l'emporte sur la loi personnelle. Autrement l'unité du patrimoine serait rompue; il y aurait autant de tutelles, autant d'administrations différentes, que de biens situés sur des territoires différents. Est-ce là ce qu'a voulu un législateur, soucieux avant tout des intérêts de l'incapable?

C'est donc la loi personnelle, et par là nous entendons, comme toujours en principe, la *loi nationale*, qui devra être appliquée aux conflits relatifs à la tutelle. Rien de plus simple que ce système, lorsque le tuteur et le pupille sont tous deux de même nationalité; ils n'ont alors qu'une seule loi personnelle qui leur est commune, et dont aucun d'eux ne peut récuser l'application. Mais, s'ils appartiennent à des patries différentes — et nous savons que l'hypothèse peut se rencontrer, même en France, — des deux lois personnelles en présence, de celle du tuteur et de celle du mineur, laquelle aura la préférence? Pour résoudre la difficulté, il faut rechercher avant tout quel but le législateur s'est proposé en organisant la tutelle. Si c'est à l'intérêt du tuteur qu'il a voulu pourvoir, la loi de ce dernier devra l'emporter. Mais il n'est pas besoin d'une longue étude pour se convaincre que c'est de l'intérêt exclusif du mineur que la tutelle s'inspire. Pour le

mineur, la tutelle est un droit, une institution protectrice; pour le tuteur, elle est une obligation, une charge. La condition juridique du pupille est seule en jeu; et, du moment que c'est à sa loi personnelle qu'il appartient de déterminer s'il est majeur ou mineur, c'est-à-dire susceptible d'être placé en tutelle, on ne voit pas pourquoi on laisserait à une législation qui lui est étrangère, qui a été faite pour d'autres personnes et pour d'autres nécessités, le soin de déduire les conséquences de son incapacité.

Nous poserons donc en règle générale que c'est la loi nationale du pupille qui préside à l'organisation de la tutelle et aux attributions du tuteur. Cette loi ne sera laissée de côté que lorsqu'il s'agira de prendre des mesures de protection provisoires en faveur d'un étranger domicilié ou résidant, dont il n'a pas été possible d'organiser la tutelle en suivant les prescriptions de sa loi nationale, ou encore de pourvoir aux intérêts d'un mineur étranger de nationalité incertaine; dans ce dernier cas, conformément à ce qui a été dit plus haut, c'est à la loi de son domicile qu'il convient de se référer.

Il nous reste à tirer les conséquences pratiques de notre doctrine.

Et d'abord, c'est la loi nationale du mineur qui déterminera s'il doit, oui ou non, être placé en tutelle. La Cour de Bruxelles l'a décidé ainsi dans l'hypothèse suivante : Un sujet espagnol ayant perdu, en 1860, sur le sol belge, sa femme, belge d'origine et devenue espagnole par le fait de son mariage, avait provoqué, agissant comme tuteur légal de sa fille mineure, la réunion d'un conseil de famille, qui nomma subrogé tuteur l'aïeul maternel de cette dernière. Divers actes d'administration et de disposition étant intervenus, le père de l'enfant assigna, en 1864, les membres du conseil de famille devant le tribunal de Bruxelles, pour voir dire que sa fille n'était pas en tutelle, puisque la loi espagnole n'ouvre la tutelle qu'autant que les père et mère sont tous deux décédés. Le tribunal rejeta sa prétention, alléguant qu'en prenant l'initiative des délibérations du conseil de famille, le demandeur avait renoncé à ses droits; mais la Cour, par arrêt du 29 juillet 1865 [1], infirma ce jugement et décida que, le père et la fille étant tous deux espagnols, la loi espagnole seule devait régler la protection légale à laquelle celle-ci avait droit. La renonciation du père n'avait pu déroger à des lois d'ordre public comme celles qui

[1] *Pasicrisie*, 1856, p. 57.

gouvernent l'état des personnes. La tutelle n'avait donc pas été régulièrement ouverte, et le père investi de la puissance paternelle avait conservé intact, après le décès de sa femme, le droit exclusif de veiller sur la personne et sur les biens de son enfant mineur.

C'est encore la loi nationale du pupille qui fixe le lieu d'ouverture de la tutelle. — L'article 406 du Code civil, reproduit par la plupart des législations étrangères, place le siège de la tutelle au lieu où le mineur a son domicile, au jour où se produit l'événement qui lui donne naissance, c'est-à-dire au domicile de son père (C. civ., art. 108). C'est donc au domicile du mineur français à l'étranger, si l'on admet qu'il peut avoir un domicile à l'étranger, au domicile du mineur étranger en France, si on lui reconnaît le droit d'avoir un domicile en France, et si sa loi personnelle ne s'oppose pas à ce que sa tutelle y soit organisée, que cette tutelle s'ouvrira dans les formes et sous les conditions prescrites par la loi nationale de chacun.

Cette solution ne présente pas de difficulté, si la loi nationale du mineur et la loi du lieu de son domicile, qui est le siège de la tutelle, ont réglementé de la même manière la protection des incapables. Aucun obstacle matériel n'empêchera sans doute qu'un mineur belge domicilié en France soit mis en tutelle sur notre territoire, conformément au Code civil, et *vice versa.* Dans l'un et l'autre pays, on trouve des institutions analogues, qui prêteront leur concours à l'établissement de la tutelle de l'étranger, par application de la loi nationale, des articles 406 et suivants du Code civil, qui sont communs à la France et à la Belgique.

Mais si nous supposons un mineur français, domicilié dans un pays où les juges de paix et les conseils de famille sont inconnus, où, par conséquent, il paraît matériellement impossible de satisfaire aux règles énoncées par ces articles, que faudra-t-il décider?

La question est embarrassante. La plupart des auteurs enseignent que, dans ce cas, la tutelle doit être ouverte dans le pays auquel appartient le mineur, au lieu où ses parents ont eu leur dernier domicile avant d'émigrer. Mais ce système offre de grands inconvénients pour le pupille, qui verra fixer, dans une commune souvent très éloignée, où il n'a ni biens, ni parents, ni amis, le siège de l'administration de son patrimoine. Il est possible, croyons-nous, d'échapper à ce danger, en attribuant compétence aux consuls, à l'effet d'organiser la tutelle de leurs nationaux *domiciliés* à l'étranger, conformé-

ment à la loi de leur pays. De même qu'ils ont qualité pour jouer vis-à-vis d'eux le rôle d'officiers de l'état civil et pour accomplir de nombreux actes de juridiction gracieuse, de même ils ont le devoir de prendre en cette matière toutes les mesures commandées par l'intérêt du mineur. Si donc un Français vient à mourir en pays étranger, laissant des enfants mineurs, le consul de France, aussitôt averti, doit en informer les autorités locales, afin qu'on organise la tutelle dans les termes de la loi française. Si celles-ci refusent de déférer à cette invitation ou ne peuvent y déférer, à raison des différences d'organisation qui existent entre elles et les autorités françaises, le consul pourra lui-même assembler un conseil de famille sous sa présidence et provoquer la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'enfant du Français décédé dans les limites de sa juridiction (Lettres du ministre de la Justice des 11 octobre 1847 et 27 août 1850).

La compétence consulaire n'est pas admise par tout le monde en cette matière, si ce n'est dans les pays hors chrétienté; un certain nombre de conventions internationales en ont cependant formellement reconnu le principe et réglé le fonctionnement. La France a conclu plusieurs traités de ce genre, avec l'Espagne (Convention consulaire du 7 janvier 1862, art. 20-7°), avec l'Italie (Convention consulaire du 26 juillet 1862, art. 9-7°), avec le Portugal (Convention consulaire du 11 juillet 1866, art. 8-7°), avec la Grèce (Convention consulaire du 7 janvier 1876, art. 15-1° *in fine*), avec l'État de Salvador (Convention consulaire du 5 juin 1878, art. 15-1° *in fine*), avec la République dominicaine (Convention du 25 octobre 1882, art. 15), avec le Mexique (Convention du 27 novembre 1886, art. 27), enfin avec la Suède et la Norwège (Convention du 9 novembre 1904). — (V. aussi ci-dessous, p. 442 le texte de la Convention de la Haye, du 12 juin 1902, art. 2).

Parmi ces traités, ceux avec l'Espagne, l'Italie et le Portugal, donnent aux consuls de chacune des hautes parties contractantes, le droit d'organiser, s'il y a lieu, la tutelle ou la curatelle de leurs nationaux, *conformément aux lois des pays respectifs;* ceux avec la Grèce, le Salvador et la République dominicaine se bornent à les obliger à organiser sans retard la tutelle de leurs nationaux mineurs, sans dire d'après quelle loi cette tutelle devra être établie; mais les uns comme les autres doivent être interprétés par l'article 3, § 3 du Code civil; c'est-à-dire que les consuls seront tenus d'appliquer à leurs nationaux la loi du pays auquel ils appartiennent. Le consul espagnol en France, par exemple, nommera donc un tuteur aux mi-

neurs espagnols domiciliés sur notre territoire, suivant les règles établies par la législation espagnole, et procédera à son remplacement s'il y a lieu. La Cour de cassation a jugé en ce sens, que le tuteur nommé à un mineur espagnol, établi en France, par le consul de sa patrie, ne peut, en cas de décès, être remplacé par un conseil de famille convoqué par le juge de paix français[1].

Si le consul s'abstient d'organiser la tutelle de ses nationaux, ou si, à raison de son éloignement, il s'écoule un long intervalle avant qu'il puisse y pourvoir, ou encore si le tuteur désigné conformément à la loi personnelle de l'incapable se dérobe à sa tâche, il est du devoir de l'autorité locale de prendre des mesures provisoires de protection et de conservation à l'égard de sa personne et de ses biens[2]. Ces mesures sont commandées par l'intérêt général, par l'*ordre public international ;* aussi est-ce par la loi du pays où le mineur est établi, par celle de la situation de ses biens, et non par sa loi nationale qu'elles seront réglementées. Il est généralement admis en France que, dans le cas dont il s'agit, nos juges de paix doivent organiser, *conformément à la loi française*, pour les incapables étrangers, une tutelle qui prend fin, aussitôt qu'il a été définitivement pourvu à leurs intérêts, par les autorités auxquelles la loi étrangère, dont ils relèvent, attribue compétence à cet effet, et dont les effets se limitent dans tous les cas au territoire où elle a été instituée.

De même que c'est la loi personnelle du pupille qui fixe le lieu de l'ouverture de la *tutelle*, de même aussi c'est à elle qu'il faut demander quelles personnes sont capables de la gérer, comme tuteur, ou de la surveiller, comme subrogé tuteur et comme membre du conseil de famille; c'est à elle qu'il appartient de préciser les causes d'incapacité ou d'exclusion qui frappent ces personnes et les excuses qu'elles sont admises à invoquer. Ce système semble, à première vue, faire bon marché de la loi personnelle du tuteur, qui peut être différente de celle du mineur. La capacité de remplir les fonctions de la tutelle rentre, peut-on dire, dans le domaine du statut personnel de celui qui y est appelé, comme toute capacité juridique. L'individu, capable ou incapable d'être tuteur ou de siéger dans un conseil de famille sur le sol de sa patrie, doit l'être en tous lieux. Il nous suffira

[1] Cass., 19 juin 1878 (D. P. 1878. 1. 317).

[2] V. notamment la loi hongroise de 1877 sur les tutelles, article 64, et la loi d'introduction au Code civil allemand, article 23 (ci-dessus, p. 409).

de répondre que l'organisation et l'administration de la tutelle exigent une unité inconciliable avec l'application simultanée et contraire de deux lois personnelles différentes; il faut choisir entre la loi du tuteur et celle du pupille; et c'est cette dernière que nous avons choisie; car c'est elle qui, mesurant les pouvoirs du tuteur, du subrogé tuteur, du conseil de famille, peut le mieux apprécier le degré d'intelligence, de dévouement, d'activité et d'honorabilité que réclame leur exercice. La loi française attribue à la mère survivante la tutelle de son enfant mineur (C. civ., art. 370); le Code autrichien lui préfère (art. 198 et 199) l'aïeul paternel. Si donc il s'agit d'un mineur autrichien, dont la mère, dont l'aïeul sont Français, c'est ce dernier qui, suivant nous, devra être appelé à gérer sa tutelle en France.

Supposons la tutelle du mineur régulièrement organisée au lieu de son domicile, par application de sa loi nationale; elle s'exercera librement partout où le pupille aura des droits à faire valoir et des intérêts à sauvegarder, même en dehors du territoire de sa patrie. En ce qui concerne les pouvoirs conférés au tuteur sur la personne de son pupille, il n'est pas douteux qu'ils ne soient déterminés et limités en tous lieux par la loi qui régit l'état de ce dernier, sauf le *droit de correction* qui, ainsi qu'il sera établi à propos de la puissance paternelle, se rattache à l'*ordre public international*. La même loi gouverne incontestablement l'administration et l'aliénation de ses meubles et de ses valeurs mobilières, mais le régime de ses biens immobiliers soulève quelques difficultés. Est-ce la loi personnelle de l'incapable ou la *lex rei sitæ* qui présidera à l'administration de ses biens, qui fixera les conditions de leur aliénation? Prenons une espèce :

Un Français, mineur de vingt et un ans et placé en tutelle, possède hors de France des immeubles, dont l'aliénation paraît devoir être avantageuse. Les règles relatives à l'aliénation des biens des mineurs sont écrites dans les articles 457 et suivants du Code civil[1].

[1] Art. 457. « Le tuteur ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille. — Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident. — Dans le premier cas, le conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants. — Le conseil de famille indiquera, dans tous les cas, les immeubles qui devront être vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles.

Art. 458. « Les délibérations du conseil de famille, relatives à cet objet, ne seront

L'aliénation des biens appartenant à l'étranger au pupille français devra-t-elle être effectuée conformément aux dispositions de ces articles, ou au contraire faudra-t-il lui appliquer celles, peut-être très différentes, de la loi locale ?

Contrairement à l'opinion des réalistes anglo-américains, et à celle des auteurs néo-statutaires qui gouvernent par la *lex rei sitæ* tout ce qui concerne l'administration ou la disposition des biens immobiliers, en s'appuyant sur le texte mal compris de l'article 3, § 2 du Code civil, nous pensons que les articles 457 et 458 de ce Code, en subordonnant l'aliénation des biens appartenant au mineur à certaines mesures de protection, telles que l'intervention du tuteur, du conseil de famille, du tribunal, se sont avant tout proposé de venir en aide à son incapacité, de veiller à ses intérêts. *L'ordre public international* n'a rien à voir dans ces mesures ; c'est à la loi personnelle de l'incapable à lui assurer la protection nécessaire. Il ne pourra donc être procédé à la vente des immeubles possédés par le pupille français à l'étranger que sous les conditions prescrites par cette loi, qui touchent à sa capacité.

Quant aux règles écrites dans l'article 459, ce sont des règles de *forme*, dont l'observation sera souvent très difficile et même impossible hors de France. L'autorité judiciaire locale, le notaire et le maire de la commune refusant leur concours à la vente, celle-ci ne pourrait avoir lieu, si l'on prétendait la soumettre toujours aux prescriptions de la loi nationale du mineur. Aussi convient-il d'appliquer ici l'adage *Locus regit actum :* la vente sera régulière et valable, lorsque, autorisée par le conseil de famille et par le tribunal, elle aura été opérée dans les formes adoptées par la *lex loci actus* pour l'aliénation des biens des mineurs.

Généralisant la solution qui vient d'être donnée, nous dirons, avec un auteur récent, que « pour savoir si le tuteur doit faire inventaire, fournir caution et aliéner les meubles de celui dont il administre la fortune, s'il peut aliéner des immeubles, consentir des baux de

exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de première instance, qui y statuera en la chambre du conseil, et après avoir entendu le procureur du roi (*de la République*).

Art. 459. « La vente se fera publiquement, en présence du subrogé tuteur, aux enchères qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées, par trois dimanches consécutifs, aux lieux accoutumés dans le canton. — Chacune de ces affiches sera visée et certifiée par le maire des communes où elles auront été apposées ».

plus de neuf ans, accepter ou refuser des successions, legs ou donations, procéder à des partages et autres opérations semblables, on doit consulter seulement la loi nationale de l'incapable, sans s'inquiéter de la situation des biens [1] »; mais que la règle *Locus regit actum* lui permet d'accomplir ces divers actes d'administration et de disposition, dans les formes admises par la législation du lieu où ils interviennent.

Quelques législations ont cru devoir accorder au pupille des garanties particulières contre la mauvaise gestion du tuteur; de là l'hypothèque légale que lui confère l'article 2121 du Code civil français sur les immeubles de ce dernier.

Un mineur étranger pourra-t-il réclamer le bénéfice de cette hypothèque légale sur les biens qui appartiennent à son tuteur en France? La plupart des auteurs le lui refusent, par ce motif que le droit écrit dans l'article 2121 est un droit civil, auquel ne saurait prétendre l'étranger, à moins d'une concession formelle. Nous avons déjà combattu ce système au livre précédent, et établi que rien, dans le Code civil, n'empêche l'étranger, même non admis à la jouissance des droits civils, de se prévaloir sur notre territoire d'un droit d'hypothèque légale.

Mais cela ne suffit pas. Si le pupille appartient à un État où les biens du tuteur échappent à l'hypothèque, si, par exemple, il est de nationalité prussienne et domicilié en Prusse, sera-t-il néanmoins reçu à réclamer en France une garantie hypothécaire? En d'autres termes, la loi territoriale française, qui reconnaît l'hypothèque légale du mineur, l'emportera-t-elle sur la loi personnelle de ce dernier qui la repousse? On l'a soutenu, en se fondant sur l'article 3, § 2 du Code civil, aux termes duquel il semble que tout ce qui concerne la fortune immobilière soit du domaine de la loi française. Mais ce système tombe devant cette considération que le régime de la propriété foncière, et par suite l'*ordre public international*, ne seront en aucune manière compromis si le mineur prussien n'a pas le droit d'hypothèque à prétendre sur les biens de son tuteur. L'intérêt de l'État français est sauf, d'autant plus sauf que la liberté des héritages est un des éléments de la richesse publique; et si l'*intérêt privé* du pupille est exposé à subir quelque lésion, celui-ci ne peut s'en prendre qu'à

[1] Rougelot de Lioncourt, *Du conflit des lois personnelles françaises et étrangères*, p. 263.

sa loi personnelle qui, en organisant sa tutelle, a jugé qu'il était inutile de joindre aux sûretés qu'elle lui attribue vis-à-vis de son tuteur, la garantie d'une hypothèque. Autrement, plus favorisé que le pupille français, le mineur de nationalité étrangère pourrait se prévaloir cumulativement en France des mesures protectrices établies par sa propre législation, et de celles établies par la loi française. La loi qui régit la condition juridique du mineur, qui fixe les pouvoirs et les obligations de son tuteur, a seule qualité pour mesurer la somme de garanties que ce dernier doit offrir à celui dont il détient et gère la fortune.

C'est donc la *lex tutelæ*, la loi personnelle du pupille, qui décidera si une hypothèque légale doit ou ne doit pas lui être reconnue sur les biens de son tuteur; mais cette loi personnelle a, comme toujours, pour limite l'*ordre public international*. Si donc le tuteur d'un mineur français possède un immeuble sur le sol prussien où, ainsi que nous venons de le dire, le principe de l'hypothèque légale est repoussé, comme contraire au crédit et à l'intérêt de l'État, ce mineur ne sera pas admis à invoquer le bénéfice de celle qui lui est conférée par l'article 2121 du Code civil. De même encore, si, tout en reconnaissant au pupille une hypothèque légale, la loi du pays étranger où se trouvent situés les biens du tuteur, la soumet, dans un intérêt général, comme la loi italienne par exemple, à la double condition de la spécialité et de la publicité, dont elle est affranchie par la loi française, cette dernière devra céder à la *lex rei sitæ*.

D'autre part, il va sans dire que, lorsque la tutelle du mineur étranger a été provisoirement organisée en France conformément à la loi française, les biens appartenant à son tuteur sur le sol français seront toujours grevés d'une hypothèque légale, par application de cette dernière. Alors en effet l'incapable ne trouve dans sa loi personnelle aucune garantie équivalente à l'hypothèque ou propre à la suppléer. Lui refuser le bénéfice de l'article 2121 du Code civil, ce serait le laisser sans défense contre les dilapidations et les abus de gestion de son tuteur. La loi de la tutelle est, à titre provisoire tout au moins et dans une vue d'ordre public, la loi française; à elle seule il appartient de sanctionner, par une sûreté réelle, les obligations du tuteur qu'elle appelle à prendre soin du mineur étranger.

La loi personnelle du mineur, qui marque le point de départ de la tutelle, son lieu d'ouverture, la nature et l'étendue des fonctions du

tuteur, détermine aussi les événements qui doivent y mettre fin; enfin c'est elle qui préside à la liquidation de la tutelle, à la reddition des comptes du tuteur, à la prescription des demandes qui y sont relatives.

L'application de la loi nationale du mineur à l'organisation et au fonctionnement de la tutelle a été formellement consacrée par plusieurs traités internationaux.

C'est d'abord le traité franco-suisse du 15 juin 1869, dont l'article 10 est ainsi conçu :

« La tutelle des mineurs et *interdits* suisses résidant en France sera régie par la législation de leur canton d'origine; et réciproquement la tutelle des mineurs et *interdits* français résidant en Suisse sera réglée par la loi française ; en conséquence les contestations auxquelles l'établissement de la tutelle et l'administration de leur fortune pourront donner lieu seront portées devant l'autorité compétente de leur pays d'origine, sans préjudice toutefois des lois qui régissent les immeubles et des mesures conservatoires que les juges du lieu de la résidence pourront ordonner ».

C'est en second lieu l'importante convention du 12 juin 1902, œuvre de la Conférence de droit international privé réunie à La Haye. Cette convention signée par la France, l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Suède et la Suisse, contient les dispositions suivantes :

Art. 1er. — « La tutelle d'un mineur est réglée par sa loi nationale.

Art. 2. — « Si la loi nationale n'organise pas la tutelle dans le pays du mineur en vue du cas où celui-ci aurait sa résidence habituelle à l'étranger, l'agent diplomatique ou consulaire, autorisé par l'État dont le mineur est le ressortissant, pourra y pourvoir, conformément à la loi de cet État, si l'État de la résidence habituelle du mineur ne s'y oppose pas.

Art. 3. — « Toutefois, la tutelle du mineur ayant sa résidence habituelle à l'étranger s'établit et s'exerce conformément à la loi du lieu, si elle n'est pas ou si elle ne peut pas être constituée conformément aux dispositions de l'article 1er ou de l'article 2.

Art. 4. — « L'existence de la tutelle établie conformément à la disposition de l'article 3 n'empêche pas de constituer une nouvelle tutelle, par application de l'article 1er ou de l'article 2. — Il sera, le

plus tôt possible, donné information de ce fait au Gouvernement de l'État où la tutelle a d'abord été organisée. Ce Gouvernement en informera, soit l'autorité qui aurait institué la tutelle, soit, si une telle autorité n'existe pas, le tuteur lui-même. — La législation de l'État où l'ancienne tutelle était organisée décide à quel moment cette tutelle cesse dans le cas prévu par le présent article.

Art. 5. — « Dans tous les cas, la tutelle s'ouvre et prend fin aux époques et pour les causes déterminées par la loi nationale du mineur.

Art. 6. — « L'administration tutélaire s'étend à la personne et à l'ensemble des biens du mineur, quel que soit le lieu de leur situation. — Cette règle peut recevoir exception quant aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial.

Art. 7. — « En attendant l'organisation de la tutelle, ainsi que dans tous les cas d'urgence, les mesures nécessaires pour la protection de la personne et des intérêts d'un mineur étranger pourront être prises par les autorités locales.

Art. 8. — « Les autorités d'un État sur le territoire duquel se trouvera un mineur étranger, dont il importera d'établir la tutelle, informeront de cette situation, dès qu'elle leur sera connue, les autorités de l'État dont le mineur est le ressortissant. — Les autorités ainsi informées feront connaître le plus tôt possible aux autorités qui auront donné l'avis si la tutelle a été ou si elle sera établie.

Art. 9. — « La présente convention ne s'applique qu'à la tutelle des mineurs ressortissants d'un des États contractants, qui ont leur résidence habituelle sur le territoire d'un de ces États. — Toutefois les articles 7 et 8 s'appliquent à tous les mineurs ressortissants des États contractants ».

Émancipation et curatelle. — En général le mineur n'est relevé des incapacités résultant de son âge qu'en devenant majeur; c'est alors qu'il devient maître de ses droits et qu'il échappe d'une manière presque complète à la puissance paternelle.

Mais l'incapacité persistante dont il est frappé dans la première période de sa vie présente parfois des inconvénients graves. La plupart des législations permettent au mineur sorti de l'enfance de contracter mariage. Or, comment pourra-t-on concilier les droits et les devoirs dont il est désormais tenu envers son conjoint et envers les enfants qui naîtront de son union, avec la soumission que la loi lui

impose vis-à-vis de son père ou de son tuteur? Réputé incapable de se protéger lui-même, ne le sera-t-il pas de veiller aux intérêts qui lui sont confiés? D'autre part, le développement des facultés précédant souvent, et de longtemps, la majorité légale, il peut se faire que le mineur entreprenne une industrie ou un commerce, parvienne à des fonctions, dont l'exercice réclame une certaine indépendance, incompatible avec le maintien intégral de l'autorité paternelle ou tutélaire. C'est en vue de donner satisfaction à ces besoins que la loi française, et avec elle plusieurs législations étrangères, ont emprunté au droit romain la théorie de l'*émancipation;* mais les conditions et les effets de cette émancipation ne sont pas partout les mêmes.

Par application de quelle loi résoudrons-nous les conflits de droit international privé qui s'élèveront en cette matière?

L'émancipation influe sur l'état de l'enfant; elle l'investit d'une capacité dont il a été jusqu'alors privé par le fait de son âge. C'est donc à la loi personnelle du mineur qu'il faut s'attacher pour reconnaître s'il satisfait à toutes les conditions habilitantes que cette émancipation suppose, s'il a l'âge voulu, si les personnes sous l'autorité desquelles il est placé ont donné le consentement requis; de même les effets de l'émancipation sont régis par la loi du mineur; le tout bien entendu sous la réserve des exceptions que comporte l'application de toute loi personnelle sur un territoire étranger.

Un sujet anglais ne pourra valablement émanciper en France son enfant mineur, de nationalité anglaise comme lui, parce que la loi personnelle dont ce dernier relève ignore l'émancipation; mais en revanche, rien n'empêchera ce mineur d'invoquer chez nous les tempéraments que la législation anglaise apporte, dès avant sa majorité, aux incapacités qui résultent de son âge. On pourrait essayer de soutenir que le mariage d'un Anglais, célébré en France, produit son émancipation, en se fondant sur ce qu'il est de l'essence du mariage de soustraire le mineur à la dépendance de ses parents ou de son tuteur, que la loi française, qui fait résulter l'émancipation du mariage, est une loi d'*ordre public international,* obligeant à ce titre tous ceux, Français et étrangers, qui habitent le territoire. Il y a encore là une confusion entre les deux ordres publics, dont nous avons ci-dessus déterminé l'existence. Lorsque le Code civil attache l'émancipation au mariage de nos nationaux mineurs, il est guidé par l'intérêt des conjoints et de leurs enfants, qui s'identifie dans une large mesure

avec l'intérêt général de l'État; aussi comprend-on très bien que cette règle soit une règle d'*ordre public interne*, et que le Français mineur ne puisse se soustraire à la capacité à laquelle elle l'appelle. Mais, dans l'espèce, le mineur est étranger; son conjoint l'est ou le devient comme lui (C. civ., art. 19); et leurs enfants le seront aussi le plus souvent. Qu'importe dès lors à la France que leurs intérêts particuliers soient plus ou moins bien administrés! C'est à la loi étrangère d'y pourvoir; et la souveraineté territoriale n'a aucune raison pour entraver son application.

Au lieu de deux législations, dont l'une consacre, dont l'autre repousse la pratique de l'émancipation, supposons maintenant que le conflit s'élève entre deux législations qui l'admettent également, mais qui la subordonnent à des conditions et à des formalités différentes.

La loi italienne n'autorise l'émancipation du mineur qu'à dix-huit ans, tandis qu'en France elle est possible dès l'âge de quinze. Ces règles de capacité n'offensent en rien l'*ordre public international* dans le pays étranger où elles viennent à être invoquées; la doctrine de la personnalité du droit s'applique donc. Aussi le mineur italien ne pourra-t-il être émancipé sur le territoire français que s'il a dépassé ses dix-huit ans, et inversement le mineur français pourra-t-il, aussitôt après quinze ans, être affranchi en Italie de l'autorité paternelle ou tutélaire.

Autre conflit. Un mineur français est émancipé en pays étranger. Dans quelle forme sera-t-il procédé à cet acte? Appliquera-t-on la loi française, qui exige une déclaration formulée devant le juge de paix? ou se contentera-t-on d'observer la loi locale, aux termes de laquelle un acte sous seing privé est peut-être suffisant? Il n'y a aucune raison, croyons-nous, pour laisser ici de côté la règle *Locus regit actum*. Encore que dans notre droit l'émancipation constitue un acte solennel, les difficultés auxquelles se heurtera souvent sur le sol étranger l'observation exclusive des formes imposées par la loi française rendent aussi utile en notre matière qu'en aucune autre le tempérament que cette règle apporte à la personnalité rigoureuse du droit. D'ailleurs, il faut se garder de confondre le *fond* et la *forme*. N'appartiennent pas à la forme, et par conséquent au domaine de la règle *Locus regit actum,* certaines conditions habilitantes, comme celle qui soumet en France l'émancipation du pupille à l'assentiment préalable de son

conseil de famille, comme celle qui subordonne, aux Pays-Bas, la déclaration de majorité du mineur à une décision de la Haute-Cour et à l'approbation royale.

Enfin, si l'émancipation est inconnue dans le pays étranger où habite le mineur, si, par conséquent le recours aux formes locales est impossible; que d'autre part, l'emploi des formes françaises soit interdit à nos nationaux par suite de l'absence de fonctionnaires analogues à nos juges de paix, ou tout au moins de leur refus d'accomplir les actes étrangers à leur compétence, c'est au consul français que, suivant nous, il appartiendra d'y suppléer, même en pays de chrétienté, en recevant la déclaration du père ou en prononçant l'émancipation, à la suite de la délibération du conseil de famille, qu'il aura réuni et présidé; le tout conformément aux prescriptions de la loi française.

Les effets de l'émancipation sont gouvernés par la loi personnelle du mineur. C'est elle qui détermine s'il sera assisté d'un curateur, et qui fixe le mode de nomination de ce dernier. En France, le mineur italien aura pour curateur son père ou sa mère; en Italie, le Français aura pour curateur la personne désignée par son conseil de famille. Ainsi encore les attributions de ce curateur et l'étendue de la capacité nouvelle qui résulte pour le mineur de l'émancipation sont mesurées par la loi personnelle de ce dernier, même quand il s'agit de pourvoir à l'administration ou à l'aliénation des biens situés en pays étranger. Tout ce qui a été dit, à cet égard, à propos des pouvoirs du tuteur trouve ici son application.

Section II. — *Incapacités résultant d'une infériorité intellectuelle.*

Ce n'est pas seulement aux mineurs, à ceux que l'âge rend incapables de veiller par eux-mêmes à leurs intérêts, que le législateur doit sa protection. Il est des majeurs qui, à raison de certaines infirmités intellectuelles, sont dans l'impossibilité d'administrer leur patrimoine et d'accomplir raisonnablement les actes de la vie civile. Pour ceux-là comme pour les mineurs, on trouve en tous pays des institutions protectrices, dont le caractère et l'efficacité varient avec l'altération plus ou moins grande des facultés qui les rend nécessaires. C'est l'interdiction, c'est l'internement dans une maison d'aliénés, c'est la dation d'un conseil judiciaire.

Un étranger frappé d'aliénation mentale, tout au moins faible d'es-

prit ou porté à la prodigalité, se trouve sur le territoire français. Pourra-t-il être pris par l'autorité locale des mesures pour le protéger dans sa personne et dans ses intérêts? et, si l'affirmative doit prévaloir, à quelle législation appartiendra-t-il de préciser les mesures qui devront être prises? Sans aucun doute le tribunal français sera fondé à ordonner les actes *conservatoires*, nécessités par l'entretien des biens de l'aliéné; les autorités françaises auront, en cas de danger public, de démence furieuse par exemple, le droit de le faire interner dans une maison de santé. Mais ces mesures, qui trouvent leur justification dans l'article 3, § 1 du Code civil, et dans le droit supérieur de police que l'État exerce dans toute l'étendue de son territoire, auront un caractère provisoire et n'influeront pas d'une manière directe sur l'état et sur la capacité de l'étranger; elles seront exclusivement gouvernées par la loi française.

Dans tous les cas, les règles protectrices de la loi française de 1838 sur le régime des aliénés se limitent aux seuls individus internés dans un établissement français; elles sont étrangères au cas où l'aliéné, même Français, aurait été placé dans une maison de santé située hors de nos frontières et échappant en conséquence au contrôle de l'autorité française.

Faut-il aller plus loin et permettre aux tribunaux français de prononcer l'interdiction d'un étranger ou de lui donner un conseil judiciaire? C'est là une question très discutée; elle sera examinée au livre suivant. Supposons-la dès à présent résolue par l'affirmative; dans ce cas, est-ce la loi française ou la loi personnelle de l'étranger qui règlera les conditions et les effets de son interdiction totale ou partielle? L'interdiction atteint l'aliéné dans sa capacité; elle le ramène en quelque sorte à la minorité; dans son intérêt et dans celui de sa famille, dont il compromet le patrimoine. C'est donc à sa loi personnelle qu'il faut la soumettre en principe. Tout le monde est d'accord pour le reconnaître, même parmi les statutaires : « Le statut qui interdit, soit pour démence, soit pour prodigalité, est un statut personnel. C'est un droit commun; il est de toutes les nations, parce qu'en effet, pour gérer, pour vendre et faire les autres actes de la société, il faut de la volonté. Les gens en démence et les imbéciles n'en ont aucune; et quant aux prodigues, la leur est dépravée [1]. »

C'est donc la loi personnelle qu'il faudra consulter, pour savoir si

[1] Boullenois, *op. cit.*, t. I, p. 95.

telle personne peut ou non être interdite ou munie d'un conseil judiciaire. L'Anglais, aveugle de naissance, sera valablement soumis à l'interdiction en France. Inversement l'Anglais prodigue ne pourra y être assisté d'un conseil judiciaire.

C'est la loi personnelle de l'incapable qui désignera les personnes ayant qualité pour poursuivre son interdiction; cependant nous croyons que le ministère public français aurait le droit de la provoquer, au nom de l'intérêt général, dans les cas où cette faculté lui appartient au regard de nos nationaux; l'*ordre public international* reprendrait alors le dessus.

A la loi personnelle encore il revient de déterminer les effets de l'interdiction, soit par rapport à la personne, soit par rapport aux biens de l'interdit, même situés en pays étranger. Elle décidera s'il doit être mis en tutelle ou assisté d'un curateur, et, dans un cas comme dans l'autre, elle déterminera ceux qui seront appelés à remplir auprès de lui cette mission de protection. L'Italien interdit en France aura pour tuteur légal son père; le Français interdit en Italie sera assisté d'un tuteur nommé par son conseil de famille. Enfin les attributions du tuteur ou du curateur, les garanties qui devront être exigées d'eux, ainsi que la capacité conservée par l'interdit, seront mesurées par la loi personnelle de ce dernier. Les conflits de législations qui surgiront en cette matière sont analogues à ceux que nous avons examinés à propos de la mise en tutelle des mineurs; ils appellent les mêmes solutions.

D'ailleurs, pour l'organisation de la tutelle des interdits étrangers en France et des interdits français à l'étranger, il faudra se conformer aux règles qui ont été posées plus haut. Si l'autorité locale ne peut ou ne veut y intervenir pour appliquer la loi personnelle de l'incapable, c'est au consul de sa patrie qu'il appartiendra, suivant nous, de faire le nécessaire.

Ajoutons que, si la loi personnelle régit les effets de l'interdiction totale ou partielle d'un étranger prononcée en France, ou de celle d'un Français prononcée à l'étranger, il doit en être ainsi à plus forte raison, lorsque c'est de la juridiction nationale de l'incapable que l'interdiction émane; alors en effet, et indépendamment de toute déclaration d'*exequatur*, ainsi qu'il sera dit ci-après, l'individu reconnu incapable dans son pays, à raison de son insuffisance intellectuelle, ne peut réclamer ailleurs une aptitude que sa loi personnelle, appli-

quée par le jugement qui l'a interdit, lui refuse. L'autorité locale n'a aucune mesure à prendre; elle se trouve en présence d'une constatation de fait échappant à son examen et qu'elle doit respecter dans ceux de ses effets qui ne sont pas inconciliables avec l'*ordre public international*[1].

SECTION III. — *Incapacités résultant de condamnations pénales ou de déchéances politiques ou religieuses.*

La loi française attache à certaines condamnations pénales des effets civils importants, au point de vue de la capacité de ceux qu'elles atteignent. Telles sont l'interdiction légale, qui résulte de la condamnation aux travaux forcés à temps, à la détention ou à la réclusion pendant toute la durée de la peine, la dégradation civique, qui tantôt est peine principale et tantôt frappe tout condamné aux travaux forcés à temps, à la détention, à la réclusion ou au bannissement, les déchéances particulières que la loi du 31 mai 1854 a ajoutées à ces deux peines, pour les condamnés à des peines afflictives perpétuelles, autrefois frappés de mort civile; telle encore l'interdiction partielle de certains droits, que l'article 42 du Code pénal permet aux tribunaux correctionnels de prononcer contre l'inculpé, dans les cas que la loi autorise.

D'autres législations contiennent des dispositions semblables: plusieurs n'ont pas encore renoncé à la mort civile qui, faisant considérer le condamné comme ayant cessé de vivre, ouvre sa succession, dissout son mariage, et rend illégitimes les enfants nés postérieurement à cette dissolution.

Quelle influence un jugement criminel peut-il avoir sur la capacité du condamné en dehors du pays où il a été rendu?

Pour résoudre cette question, il est nécessaire de distinguer deux hypothèses.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Le condamné a été frappé par une juridiction qui lui est étrangère.*

Les dispositions de la loi pénale territoriale sont inspirées par l'intérêt général; elles sont d'*ordre public international;* et l'étranger

[1] V. les résolutions formulées par l'Institut de droit international, dans sa session de Cambridge en 1895, relativement à la tutelle des majeurs (*Annuaire de l'Institut*, t. XIV, p. 163 et s.

qui les a bravées est obligé d'en subir les conséquences sur le territoire où elles sont en vigueur. Le Français, condamné à l'étranger à une peine emportant mort civile, suivant la législation locale, ne pourra s'y soustraire, encore que la loi dont son état et sa capacité relèvent ait cru devoir l'abolir. Et réciproquement l'étranger condamné par un tribunal français encourra chez nous les déchéances portées par la loi française, alors même qu'elles ne trouveraient aucun équivalent dans sa législation nationale.

Mais les incapacités ainsi prononcées par une juridiction criminelle suivront-elles l'étranger hors du pays où elles l'ont frappé? S'identifieront-elles en quelque sorte avec son statut personnel et feront-elles corps avec lui? Nous ne le croyons pas. Reposant sur l'intérêt exclusif de la souveraineté territoriale et déterminées par elle, ces incapacités font bon marché de la personne et de la nationalité de l'étranger, pour ne s'attacher qu'au fait qu'il a commis, à la lésion qu'il a fait subir à la société locale : elles ne peuvent donc avoir effet au delà des limites où cette souveraineté s'exerce; *clauduntur territorio;* parce qu'alors l'intérêt de l'État et son droit de défense s'évanouissent; le condamné retombe sous l'empire de sa loi personnelle. Peut-être y aura-t-il quelque scandale à rendre dans son pays sa capacité tout entière à celui qu'une condamnation criminelle a frappé à l'étranger; mais c'est à sa législation nationale d'éviter cet écueil, en édictant elle-même certaines déchéances contre ceux de ses ressortissants qui auront été condamnés par un tribunal étranger, à raison de tel crime ou de tel délit. M. Calvo rapporte qu'en 1868 un lieutenant russe ayant été condamné par la Cour d'assises de la Seine à la peine des travaux forcés à perpétuité, le Sénat russe décida, sur le rapport du ministre de l'Intérieur, que les articles 25 et 28 du Code pénal de l'Empire, aux termes desquels tout condamné aux travaux forcés perd la jouissance des droits civils, lui seraient appliqués[1].

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le condamné a été frappé par sa juridiction nationale.*

Le Français a été condamné par une cour d'assises française à la peine des travaux forcés à temps, qui entraîne pour lui la dégradation civique et l'interdiction légale. Ces incapacités lui seront-elles oppo-

[1] Sénat dirigeant de Russie, 13 mai 1868 (*Journal du dr. int. pr.*, 1874, p. 47); Calvo, *Dr. intern.*, t. II, p. 322.

sables en pays étranger? L'affirmative nous paraît certaine. La loi en vertu de laquelle le Français a été condamné a action sur lui, non seulement, comme dans l'hypothèse précédente, à raison du droit de police qui appartient à l'État français sur tous ceux qui se trouvent en France, mais encore à raison de sa nationalité. Elle est pour lui une *loi personnelle*, et les restrictions qu'elle apporte, par le ministère des tribunaux chargés de l'interpréter, à sa capacité, doivent le suivre hors de France, comme le fait la loi qui fixe sa majorité, comme le fait le jugement civil qui prononce son interdiction : « Du moment qu'on admet le statut personnel qui régit l'état et la capacité des personnes, il n'y a point à distinguer pour quel motif l'état ou la capacité est affecté; il n'y a point à distinguer non plus s'il est affecté immédiatement, en vertu d'une disposition générale de la loi, ou seulement à la suite d'une déclaration judiciaire [1]. »

Ce qui est vrai des déchéances résultant pour le Français d'un jugement français ne l'est pas moins, selon nous, de celles qui résultent pour l'étranger d'un arrêt criminel rendu dans sa patrie. Elles se dresseront contre lui en France, pour lui interdire les actes à l'égard desquels elles le constituent incapable. Cependant, les tribunaux français devront refuser de reconnaître les incapacités étrangères qui seraient contraires à l'*ordre public international* sur notre territoire. La peine de la mort civile ayant été abolie en France, même rétroactivement, comme atteignant des innocents aussi bien que le coupable, il est certain qu'on refusera chez nous à celle que l'étranger aurait encourue dans son pays les effets qui seraient incompatibles avec notre propre législation pénale.

D'autre part, si nous laissons de côté les condamnations criminelles, proprement dites, on trouve dans quelques législations des incapacités édictées contre certaines personnes, à raison de la proscription politique dont elles ont été l'objet, de leur race, de leur religion, de leur profession.

En général, il faudra refuser tout effet à ces incapacités sur le sol français; en effet, toutes ont quelque chose de contraire à notre droit public, à l'égalité qu'il consacre et par suite à l'*ordre public international*. Nous n'hésiterions pas à reconnaître en France une entière capacité à l'étranger qui, à la suite de son affiliation à un ordre reli-

[1] Demangeat, *sur Fœlix*, t. II, p 316, note *a*.

gieux, a été frappé de mort civile par les lois de sa patrie, ou encore à l'étranger hérétique ou juif que sa loi nationale déclare incapable à raison de la religion qu'il professe, ou encore à l'homme de couleur auquel la législation du pays auquel il appartient interdit certains actes accessibles aux blancs. De même nous n'accorderons aucun effet à la loi étrangère qui constitue les membres d'une maison souveraine incapables d'intervenir à certains actes, de contracter certains mariages, de souscrire une lettre de change, sans l'autorisation royale.

CHAPITRE III

CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA PERSONNE CONSIDÉRÉE DANS SES RAPPORTS AVEC LA FAMILLE.

Sommaire.

TITRE I

Du mariage.

De tous les actes de la vie civile, le mariage est le plus important; c'est de lui que procède la famille légitime et les relations qu'elle engendre. Aussi, répondant aux aspirations les plus naturelles de l'homme, est-il de tous temps et de tous les pays; partout il est et doit être accessible à tous.

Mais, si toutes les législations voient aujourd'hui dans le *jus connubii* un droit naturel, dont l'étranger ne saurait être privé, elles

sont loin d'être d'accord sur les conditions intrinsèques auxquelles la validité du mariage doit être subordonnée, sur les formes extérieures qui doivent entourer sa célébration, sur les effets juridiques qu'il doit produire, sur les événements qui peuvent le briser, le relâcher ou le dissoudre. De là résultent des conflits, d'autant plus graves que la multiplication des mariages internationaux les rend tous les jours plus fréquents, et d'autant plus difficiles à résoudre par l'application exclusive de la loi personnelle des parties, que de la bonne organisation des familles dépend celle de l'État lui-même, qui ne peut abdiquer ses droits.

SECTION I. — *Conditions intrinsèques du mariage.*

Deux Français veulent contracter mariage en pays étranger. Les conditions de capacité auxquelles ils devront satisfaire, pour que leur union soit regardée comme valable en France, seront nécessairement appréciées d'après la loi française, qui est leur loi nationale à tous deux[1].

Cette règle, facile à déduire de l'article 3, § 3 du Code civil, est formellement appliquée à notre hypothèse par l'article 170, aux termes duquel « le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étranger, sera valable . . . . *pourvu que le Français n'ait pas contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent* », c'est-à-dire à celles qui concernent « les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ». C'est donc la loi française qui déterminera, à l'exclusion de la loi territoriale étrangère, l'âge exigé pour le mariage, les personnes ayant qualité pour y consentir, pour y faire opposition, les empêchements qui lui font obstacle; mais si les règles qu'elle a posées contrarient l'*ordre public international*, dans le pays où le mariage doit être célébré, les autorités de ce pays seraient fondées à y contrevenir.

Réciproquement, deux étrangers devront, pour se marier en France, se conformer, en ce qui touche leur capacité, aux prescriptions de leurs lois personnelles.

[1] Tous les auteurs français s'accordent à le reconnaître. — Mais un autre principe semble encore prévaloir dans la jurisprudence anglo-américaine, suivant laquelle c'est d'après la loi du lieu de la célébration du mariage (*lex loci actus*) que doit en général être mesurée la capacité requise chez les parties.

Cependant il n'en sera ainsi, qu'autant que l'intérêt général de l'État français ne résistera pas à l'application de ces lois; or, il n'est pas toujours facile de dégager cet intérêt, de le distinguer de l'intérêt privé des personnes. Parcourons rapidement quelques espèces.

Un sujet espagnol, âgé de quatorze ans, et une fille de même nationalité, âgée de douze ans, demandent à contracter mariage sur le territoire français, ainsi que leur loi nationale leur en donne la faculté. On pourrait soutenir qu'un semblable mariage doit être interdit, par ce motif qu'il est immoral, qu'il est contraire à l'*ordre public international,* d'autoriser l'union de deux êtres dont le développement physique et intellectuel est incomplet, et qui par suite, incapables de fournir un consentement réfléchi, ne le sont pas davantage d'accomplir la fin naturelle du mariage, qui est la conservation de l'espèce humaine. Bien que ce système paraisse avoir trouvé faveur dans les circulaires ministérielles du 10 mai 1824 et du 29 avril 1832, qui obligent tout étranger, même capable dans son pays, à justifier d'une dispense, s'il n'a pas atteint l'âge fixé par le Code civil, nous ne croyons pas qu'il doive influer sur la jurisprudence de nos tribunaux. La maturité des forces physiques et de l'intelligence variant avec les races et les climats, étant plus ou moins précoce suivant la latitude, la loi personnelle des futurs a seule la compétence nécessaire pour mesurer le degré de capacité qu'il est possible de leur assurer. Lorsqu'elle les déclare capables de consentir au mariage et d'en réaliser la fin, l'intérêt de l'État sur le sol duquel elle est invoquée demeure sauf; elle se borne en effet à constater que le développement de ceux qu'elle gouverne est plus hâtif que ceux des autres peuples, que l'Espagnole de douze ans est aussi apte au mariage que la Française de quinze.

Un sujet russe âgé de quatre-vingts ans sera-t-il reçu à contracter mariage en France, bien que sa loi personnelle le lui défende? Non, car l'intérêt de l'État français ne saurait exiger une semblable union. Si le Code civil tolère les mariages *in extremis* de nos nationaux, pour permettre à ceux-ci d'assurer aux enfants nés d'une faute le bienfait de la légitimation, et à leurs derniers jours les soins qui leur sont nécessaires, ce n'est que dans l'intérêt privé de certains Français. La loi russe, dans notre hypothèse, est le meilleur juge de ce qu'il convient de permettre ou d'interdire à ses ressortissants.

Un citoyen suisse, âgé de vingt ans révolus, pourra se marier en France sans l'assentiment de ses parents, parce que, ici encore, l'in-

térêt général ne demande pas que la loi personnelle du futur qui admet la validité de ce mariage cède devant la loi territoriale française.

En sens inverse, les étrangers dont la loi nationale soumet le mariage à une autorisation de leur souverain seront en principe réputés incapables de se marier, sans cette autorisation, sur le sol français; mais, suivant nous, cette règle ne devra être appliquée qu'autant que l'obligation de justifier d'une autorisation du chef de l'État est commune à tous les citoyens à la tête duquel il se trouve placé. La plupart des législations monarchiques défendent aux princes appartenant à une famille souveraine de contracter mariage sans l'autorisation de son chef. L'absence d'une semblable autorisation empêchera-t-elle un prince étranger de contracter mariage en France? Nous ne le croyons pas. Le droit public français, basé sur l'égalité, répugne aux distinctions de races; il ne connaît pas de princes de sang royal; il ne connaît que des étrangers, pour lesquels la loi doit être une. Il suffira donc que le prince justifie qu'il a rempli les conditions de capacité imposées par sa loi nationale à *tous ceux* qui en suivent les prescriptions, pour être admis à se marier en France, et ce mariage, en France tout au moins, produira les effets attachés à une union ordinaire, bien que l'État étranger soit fondé à le tenir pour non avenu, et à lui refuser tout effet, comme ayant été célébré contrairement aux règles de son droit public.

De même l'incapacité que certaines lois étrangères attachent aux vœux religieux, celle qui atteint dans quelques pays les membres des églises dissidentes, ou certaines races, ou certains condamnés, doivent être regardés en France comme contraires à l'*ordre public international*. Un moine étranger, quoique frappé de mort civile dans son pays, pourrait valablement se marier en France, aujourd'hui que notre droit public condamne les vœux religieux. Il faut en dire autant du luthérien suédois qui a abjuré sa foi, bien que sa loi personnelle lui défende le mariage. Ainsi encore rien n'empêchera un citoyen de l'État du Texas appartenant à la race blanche d'épouser en France une femme de couleur, malgré les prohibitions de sa loi nationale, ou un individu condamné à l'étranger à la peine de la mort civile, de se marier en France.

Les tribunaux avaient été saisis, à plusieurs reprises, avant la loi du 27 juillet 1884, qui a rétabli le divorce en France, d'une question particulièrement délicate : celle de savoir si l'étranger, légalement

divorcé dans son pays conformément à sa loi personnelle, devait être admis à contracter en France un nouveau mariage.

La loi du 8 mai 1816, qui avait effacé le divorce du Code civil, ayant été inspirée par des considérations morales et sociales, ne pouvait-on dire que l'*ordre public international* s'opposait à ce qu'un divorce, obtenu en pays étranger, pût produire quelque effet en France, et par suite ne permettait pas la célébration du mariage de l'époux divorcé sur notre territoire?

Examinons cet argument :

Le législateur de 1816 a sans doute été dominé par cette idée, que l'intérêt général est lié à l'indissolubilité du mariage, et s'est proposé d'empêcher qu'il y fût désormais porté aucune atteinte *sur le sol français*. En admettant la compétence de nos juridictions pour connaître des questions d'état entre étrangers, aucun tribunal n'aurait hésité à refuser de prononcer le divorce entre deux époux non français conformément à leur loi nationale.

Mais si l'État français paraissait, avant 1884, intéressé à repousser le divorce, il ne l'est pas moins, comme gardien des mœurs, à ce que nul ne soit obligé à vivre malgré lui dans le célibat. Or, si nous défendons à l'individu divorcé dans son pays de contracter une nouvelle union, l'intérêt général se trouvera deux fois lésé, d'une part par la dissolution de son mariage, qui est un *fait accompli*, et contre laquelle, qu'il le veuille ou non, sa loi nationale lui interdit tout recours, de l'autre par la prohibition de la loi française, qui le vouerait au célibat. De ces deux maux, il faut choisir celui qui ne peut être évité, c'est-à-dire celui qui résulte du divorce, définitivement prononcé en pays étranger, en dehors de l'action de nos lois, et écarter l'autre, en permettant à l'étranger divorcé de se créer une nouvelle famille, pour remplacer celle qu'il a perdue. L'*ordre public international* ne s'opposait donc pas à son mariage en France; et la jurisprudence avait fini par le reconnaître [1]. Aujourd'hui la question n'a plus qu'un intérêt purement rétrospectif, qui nous dispense de lui consacrer de plus longs développements.

Mais, même depuis la loi de 1884, on peut se demander si le délai de dix mois, avant lequel la femme, veuve ou divorcée, ne peut se remarier, aux termes de la loi française, doit être imposé à la femme

[1] V. en ce sens, Cass., 28 février 1860 (D. P. 1860. 1. 57) et les conclusions conformes du procureur général Dupin.

étrangère, alors que sa législation personnelle l'autoriserait à contracter un second mariage, aussitôt après la dissolution du premier, et aurait pourvu, par d'autres moyens, à la nécessité de prévenir les confusions de part.

Le motif de décence, sur lequel repose, avant tout, la prohibition des articles 228 et 296 du Code civil français, commande l'affirmative; nous la trouvons consacrée dans un remarquable arrêt de la Cour de Paris, en date du 13 février 1872[1].

L'article 340 du Code pénal punit avec sévérité le crime de bigamie. Un étranger, déjà marié dans son pays, dont la législation l'autorise à avoir plusieurs femmes, un sujet ottoman, par exemple, sera-t-il admis à épouser en France une femme, ottomane comme lui? Toute loi pénale étant d'*ordre public international*, les dispositions de la loi turque qui permettent la polygamie ne sauraient prévaloir contre l'article 340. L'officier de l'état civil français devra donc refuser de prêter son ministère au mariage projeté, et, si l'on se dispense d'y recourir, nos tribunaux ne devront tenir aucun compte de sa célébration et lui refuser tout effet.

Il faut encore, dans notre opinion, voir les dispositions d'*ordre public international*, dans celles qui prohibent en France le mariage entre parents ou alliés à un certain degré. C'est par des considérations physiologiques ou morales que le législateur français s'est laissé guider en les édictant; elles ne perdent rien de leur valeur, quand il s'agit d'étrangers présents sur notre territoire, dont le mariage, bien qu'autorisé peut-être par leur loi nationale, serait un défi à la conscience publique et aux mœurs françaises. Tous les codes interdisent le mariage entre parents en ligne directe, et, à part quelques législations de l'Extrême-Orient dont nous n'avons pas à nous occuper, entre frères et sœurs. La question n'a donc une réelle importance, que relativement au mariage entre collatéraux autres que frères et sœurs, ou entre alliés.

La loi allemande autorise le mariage entre oncle et nièce, entre tante et neveu, qui est prohibé chez nous, à moins de dispense. Un oncle allemand pourra-t-il épouser en France, sa nièce, allemande comme lui?

Aux États-Unis, rien n'empêche un beau-frère de contracter avec sa belle-sœur un mariage que le Code civil français défend, ou tout

[1] D. P. 1872. 2. 160.

au moins subordonne, depuis la loi du 16 avril 1832, qui a modifié en ce sens son article 164, à l'obtention d'une dispense. Semblable mariage sera-t-il possible entre sujets américains sur le sol français ?

A l'appui de l'affirmative, on fait remarquer que l'*ordre public international* ne peut être lié à une prohibition, qu'un simple acte administratif suffit à lever. Mais on répond avec raison que, quand le législateur interdit d'une manière générale toute union entre oncle et nièce, entre beau-frère et belle-sœur, il est évident qu'il est mû, non par l'intérêt privé de ces personnes, mais par l'intérêt général dont il a la garde ; ce qui est le caractère distinctif de toute disposition d'*ordre public international*. A la vérité, il réserve à l'autorité le droit d'accorder des dispenses ; mais c'est encore dans une vue d'intérêt général : il peut arriver en effet que, dans certains cas exceptionnels, le mariage prohibé soit plus utile que nuisible, et, en le rendant possible moyennant l'obtention de dispenses, la loi a en vue le bien de l'État.

L'étranger qui voudra épouser en France sa tante, sa nièce ou sa belle-sœur, devra donc, nonobstant la faculté que lui reconnaît à cet effet sa loi personnelle, se pourvoir d'une dispense. Cette obligation est consacrée d'ailleurs par la circulaire du Garde des sceaux du 10 mai 1824, d'après laquelle, « les étrangers qui se marient en France sont soumis, comme les régnicoles, à la nécessité d'obtenir des dispenses, dans les cas déterminés par le Code civil (art. 164), quand même les lois de leur pays ne leur imposeraient pas cette obligation[1]. » Il va sans dire que la dispense devra émaner du Gouvernement français, et non de celui de l'État dont les futurs relèvent.

En dehors des prohibitions pour cause de parenté et d'alliance qui sont écrites dans la loi française, et auxquelles l'étranger ne peut se soustraire en France, il reste soumis à toutes celles qui sont propres à sa législation personnelle, et qui n'ont rien de contraire à l'intérêt de l'État français. Ainsi, par exemple, un sujet espagnol ou portugais ne pourra épouser en France sa cousine germaine, encore que nos lois ne voient pas dans ce degré de parenté un empêchement au mariage.

Jusqu'ici, nous avons supposé que les futurs sont *tous deux* ou de nationalité française, ou de nationalité étrangère ; et nous avons posé

[1] Sirey, 1829. 2. 285.

en principe que, pour que leur union soit valable, les uns doivent satisfaire aux conditions de capacité posées par la loi française, les autres doivent obéir aux prescriptions de leur loi personnelle.

Que faudra-t-il décider si l'un des futurs est Français, si l'autre est étranger? Le mariage ne pourra être célébré qu'autant que chacune des parties aura justifié de son entière capacité au regard de la loi qui la régit. L'officier de l'état civil devra donc s'assurer, d'une part, que, du côté du Français, il n'existe aucun empêchement à l'union projetée? de l'autre, que la loi dont relève le futur étranger n'y met pas obstacle. En vain objecterait-on que, la femme acquérant la nationalité du mari (C. civ., art. 12 et 19), il serait juste de laisser à la loi de ce dernier le soin exclusif de déterminer à quelles conditions le mariage sera valable. L'unité de patrie résulte, il est vrai, du mariage, mais seulement du mariage régulièrement contracté. Jusqu'au jour de sa célébration, chacun des conjoints conserve sa nationalité, et, par suite, sa loi personnelle; c'est donc cette loi personnelle qui doit mesurer l'étendue de la capacité qui leur est nécessaire pour former l'union qui privera la femme de sa patrie d'origine (C. civ., art. 5, § 3); le changement de statut personnel ne peut précéder la dénationalisation.

Mais comment l'officier de l'état civil, requis de procéder à un mariage entre étrangers ou entre nationaux et étrangers, pourra-t-il savoir si les conditions de capacité réclamées par la loi étrangère ont été observées?

Une circulaire du ministre de la Justice du 14 mars 1831 recommande aux officiers municipaux français « d'exiger de tout étranger, non naturalisé, qui voudra désormais se marier en France, la justification, par un certificat des autorités du lieu de sa naissance ou de son dernier domicile, qu'il est apte, d'après les lois qui le régissent, à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser ». Cette exigence, très raisonnable par l'objet qu'elle poursuit, n'est pas à l'abri de toute critique. Elle est de nature à retarder, souvent même à empêcher absolument le mariage des étrangers sur le territoire français. La circulaire ministérielle se garde bien de désigner l'autorité qui aura qualité pour délivrer le certificat qu'elle réclame; et elle ne le pouvait pas, sans empiéter sur les droits de la souveraineté étrangère. Le futur étranger pourra donc, par suite du refus des officiers publics du lieu de sa naissance ou de son dernier domicile, qui

ne sont pas tenus d'obéir aux injonctions d'un ministre français, se trouver dans l'impossibilité de fournir les justifications requises. Aussi la pratique, s'autorisant de ce qu'une circulaire n'a pas force de loi et peut être impunément méconnue par les tribunaux, a-t-elle imaginé quelques tempéraments. A Paris tout au moins — et ceci résulte d'une lettre adressée le 7 juillet 1835 par le procureur du roi près le tribunal de la Seine à un maire de son ressort – on se contente, à défaut d'un certificat que le futur n'a pu obtenir des autorités de son pays, d'un acte de notoriété dressé dans les formes indiquées par l'article 70 du Code civil, et constatant son aptitude à contracter mariage suivant sa loi personnelle. Et les tribunaux ne paraissent pas avoir jamais hésité à permettre au futur, en l'absence de certificat, d'établir son entière capacité par tous les moyens en son pouvoir.

Un régime, analogue à celui que la circulaire de 1831 s'est proposé d'établir en France, se retrouve dans plusieurs législations étrangères; en Allemagne (C. civ., art. 1315); en Autriche (Décret de la chancellerie du 25 décembre 1814); en Hongrie (L. XXXI de 1894, art. 113; L. XXXIII de 1894, art. 51); en Italie (C. civ., art. 103); en Espagne (L. du 18 juin 1870, art. 15); en Suisse (L. fédérale du 24 décembre 1874, art. 31 et 37); dans le grand-duché de Bade (L. du 9 décembre 1875, art. 24); en Belgique (circulaire du ministre des Affaires étrangères du 1er juillet 1882).

Mais les difficultés pratiques auxquelles il s'est heurté en France montrent que ce système est perfectible. Si les agents diplomatiques de la plupart des États consentent à délivrer à leurs nationaux les attestations que réclame la loi du pays où le mariage doit être célébré, les gouvernements italien et allemand interdisent à leurs représentants tout acte de cette nature. D'ailleurs les certificats ne sont pas à l'abri de l'erreur et ne font nullement obstacle à l'annulation du mariage par les tribunaux nationaux de l'un ou l'autre conjoint. L'incertitude qui règne souvent sur les dispositions des lois étrangères, leur instabilité très grande, ne permettent pas à chaque État d'arrêter, ainsi que le Conseil fédéral suisse y avait songé en 1876, un tableau des lois relatives à la capacité matrimoniale dans les différents pays, qui serait destiné à servir de guide aux officiers de l'état civil requis de procéder au mariage de sujets étrangers. Mais le but que l'action individuelle des gouvernements est impuissante à réaliser, une entente internationale l'atteindrait peut-être.

Un grand pas a été fait en ce sens par la convention signée à La Haye, le 12 juin 1902, entre la France, l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Suède et la Suisse.

Cette convention formule, relativement aux conditions intrinsèques du mariage, et aux conflits dont elles peuvent être l'occasion, les règles suivantes

ART. 1er. — « Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi.

ART. 2. — « La loi du lieu de la célébration peut interdire le mariage des étrangers qui serait contraire à ses dispositions concernant: — 1o Les degrés de parenté ou d'alliance pour lesquels il y a prohibition absolue; — 2o La prohibition absolue de se marier, édictée contre les coupables de l'adultère à raison duquel le mariage de l'un d'eux a été dissous; — 3o La prohibition absolue de se marier, édictée contre des personnes condamnées pour avoir, de concert, attenté à la vie de l'une d'elles. — Le mariage célébré contrairement à une des prohibitions mentionnées ci-dessus ne sera pas frappé de nullité, pourvu qu'il soit valable d'après la loi indiquée par l'article 1er. — Sous la réserve de l'application du premier alinéa de l'article 6 de la présente convention, aucun État contractant ne s'oblige à faire contracter un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois. La violation d'un empêchement de cette nature ne pourrait pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui où le mariage a été célébré.

ART. 3. — « La loi du lieu de la célébration peut permettre le mariage des étrangers nonobstant les prohibitions de la loi indiquées par l'article 1er, lorsque ces prohibitions sont exclusivement fondées sur des motifs d'ordre religieux. — Les autres États ont le droit de ne pas reconnaître comme valable le mariage célébré dans ces circonstances.

ART. 4. — « Les étrangers doivent, pour se marier, établir qu'ils remplissent les conditions nécessaires d'après la loi indiquée par l'article 1er. — Cette justification se fera soit par un certificat des agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'État dont les contractants sont les ressortissants, soit par tout autre mode de preuve, pourvu que les conventions internationales ou les autorités du pays de la célébration reconnaissent la justification comme suffisante.

ART. 8. — « La présente convention ne s'applique qu'aux ma-

riages célébrés sur le territoire des États contractants entre personnes dont une au moins est ressortissante d'un de ces États. — Aucun État ne s'oblige, par la présente convention, à appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un État contractant.

Art. 9. — « La présente convention ne s'applique qu'aux territoires *européens* des États contractants..... ».

Section II. — *Formalités extérieures du mariage.*

Le défaut d'unité dans les lois relatives à la forme extérieure du mariage engendre de nombreux conflits, soit qu'un Français contracte mariage sur un territoire étrangar, soit qu'un étranger se marie en France.

Première hypothèse. — *Mariage d'un Français à l'étranger.*

A quelles formalités le Français qui veut se marier en pays étranger devra-t-il satisfaire, pour que son union soit regardée comme valable sur le territoire français et par les juges français?

L'article 170 du Code civil, appliquant à cette hypothèse la règle *Locus regit actum,* et reproduisant les décisions de notre ancienne jurisprudence, dispose dans son 1er alinéa, que « le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étranger, sera valable *s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays*... »

C'est donc d'après la loi étrangère que seront appréciées, si le Français use de la faculté que ce texte lui accorde :

1° Les mesures de publicité requises pour le mariage;

2° La résidence qu'il suppose chez les futurs;

3° Les solennités nécessaires à sa célébration;

4° Les formes instrumentaires de l'acte, qui constate cette dernière.

Les raisons générales qui ont fait prévaloir la règle *Locus regit actum* dans le droit des gens moderne sont ici particulièrement puissantes; le droit au mariage est, en effet, le premier de tous les droits naturels; en subordonner la jouissance à l'observation, parfois impossible, des formes prescrites par la loi personnelle des futurs, qui appartiennent peut-être à des patries différentes, ce serait trop souvent l'annuler, au grand détriment des mœurs et de l'ordre public.

Si le Français se propose de contracter mariage dans un pays où

le mariage religieux est seul en honneur, comme en Serbie, il pourra se soumettre aux formalités exigées par la législation serbe, c'est-à-dire, à la bénédiction religieuse qui lui sera donnée par le pope dans une église orthodoxe, en présence de témoins; et ce mariage sera valable au regard de la loi française. Il en serait de même de l'union célébrée par le prêtre, dans un pays où la loi admet concurremment le mariage religieux et le mariage civil, comme en Angleterre et en Espagne; dans ce cas le Français peut opter entre les deux mariages, et quelle que soit la forme à laquelle il se soit arrêté, il devra être considéré en France comme étant régulièrement marié.

Ainsi encore, le mariage contracté *solo consensu*, par un Français, dans un pays où aucune solennité n'est exigée par la loi, par exemple, dans tel État de l'Amérique du Nord, sera tenu pour valable. En vain opposerait-on à cette solution les termes de l'article 170, qui, en ne parlant que de mariages *célébrés* dans les *formes* étrangères, paraît avoir exclu de ses prévisions l'union contractée *solo consensu* et avoir réservé le bénéfice de la règle *Locus regit actum* aux seuls mariages dont la réalisation s'affirme par une célébration solennelle. Peut-être en effet les rédacteurs du Code n'ont-ils eu que ces mariages en vue, et ont-ils oublié que toutes les législations ne se sont pas montrées aussi rigoureuses que la loi française pour la formation de l'union conjugale? Mais leur intention n'est pas douteuse : ils ont voulu rendre le mariage accessible aux Français, en quelque endroit qu'ils puissent se trouver; ils ont voulu les faire profiter de la règle *Locus regit actum;* et cette intention serait méconnue si l'on prétendait, sous le prétexte que la loi locale réduit à rien ou à presque rien les formalités du mariage, déclarer nos nationaux incapables de fonder une famille sur le territoire qu'elle régit.

Enfin, le mariage de nos nationaux en pays étranger pourre être prouvé en France par tous les moyens reconnus par la *lex loci*.

Publications. — Cependant, si d'une manière générale il suffit que le Français ait, pour se marier à l'étranger, satisfait à toutes les formalités qui sont en usage au lieu de la célébration, et à celles-là seulement, l'article 170 exige en outre que le mariage « ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, au titre *Des actes de l'état civil* ».

Cette exigence, ajoutée par la loi française à celles de la *lex loci*,

a pour objet d'empêcher, par un dérogation à la règle *Locus regit actum*, un mariage célébré à l'étranger, à l'insu de ceux qui, en France, ont le droit d'y former opposition, et au mépris de notre législation nationale.

Les publications requises doivent être faites en la forme et dans les localités indiquées par le Code civil; mais la règle posée dans l'article 170 ne saurait, croyons-nous, recevoir aucune application hors de France. C'est à tort que l'on voudrait en déduire l'obligation pour le Français expatrié de faire publier son mariage dans la commune étrangère, où il réside depuis plus de six mois (C. civ., art. 74 et 167). Les publications à faire à l'étranger sont prescrites dans l'intérêt des habitants du pays; le législateur français n'a donc aucune qualité pour les ordonner, et pour empiéter sur le domaine de la *lex loci*, seule gardienne des droits de ses propres ressortissants; la règle *Locus regit actum* reprend tout son empire.

Mais quelle est la sanction des publications réclamées par l'article 170 du Code civil

Trois systèmes répondent à cette question : le premier frappe d'une nullité *obligatoire* le mariage qui a été contracté à l'étranger, sans avoir été précédé en France des publications réglementaires; le second *permet* seulement aux tribunaux de l'annuler, s'ils le jugent convenable; enfin le troisième ne garantit que par une simple *amende* l'application de l'article 170.

Premier système. — La publicité, dit-on dans ce système, est une condition indispensable du mariage. Sans publicité, le mariage ne peut être valable. C. civ., art. 191 : « Tout mariage qui n'a point été contracté *publiquement*..... peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public. »

Or, la publicité exigée pour le mariage comprend, lorsque c'est en France qu'il est célébré, plusieurs éléments divers : 1° des publications préalables; 2° l'intervention de l'officier de l'état civil; 3° la célébration dans la maison commune; 4° la présence de quatre témoins.

L'absence de l'un quelconque de ces éléments de publicité ne suffit pas toujours à entraîner la nullité du mariage, si ceux qui restent paraissent aux tribunaux constituer une publicité assez grande pour le soustraire au reproche de clandestinité. Lorsque ce n'est plus en France, mais sur un territoire étranger, que le mariage se fait, les

garanties que la loi trouvait dans l'intervention de l'officier public et des témoins, aussi bien que dans le lieu de la célébration, disparaissent; et la seule publicité que le mariage puisse recevoir en France résulte des publications prescrites par l'article 170 du Code civil. Ces publications viennent-elles à faire défaut, le mariage est clandestin, et sa nullité s'impose aux tribunaux, s'ils sont requis de la prononcer. A qui appartiendra-t-il d'introduire l'action en nullité? A toute personne directement intéressée (C. civ., art. 191), par conséquent aux époux eux-mêmes; mais il faut appliquer à ces derniers la disposition de l'article 196, aux termes duquel, « lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, *les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte...* ».

Et si l'on objecte que les nullités ne doivent pas être suppléées, que celle qui est alléguée, loin d'être écrite dans un texte de loi, paraît démentie par l'article 192, qui punit le défaut de publications d'une simple amende infligée à l'officier de l'état civil et aux parties, les défenseurs de ce système de répondre que, si, pour les mariages célébrés en France, le législateur a pu se contenter d'infliger une amende aux contrevenants, il doit en être autrement des unions contractées sur un territoire étranger. En effet, l'officier de l'état civil étranger qui aura passé outre n'est pas atteint par nos lois pénales; peut-être les époux français eux-mêmes n'ont-ils en France aucun bien qui puisse répondre du paiement de l'amende. Il est donc nécessaire de remplacer cette pénalité par une autre sanction, d'autant plus sévère que l'on sera plus porté à l'éluder; et cette sanction, c'est la nullité du mariage, qui résulte clairement des termes mêmes de l'article 170 : « Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger sera valable... *pourvu* qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63. »[1]

Deuxième système. — Ce système, qui a trouvé définitivement faveur dans la jurisprudence, permet aux tribunaux français de voir dans l'absence de publications la preuve que le Français a voulu faire fraude à la loi française et d'annuler son mariage pour défaut de publicité (C. civ., art. 191)[2], dans le cas où l'intention frauduleuse paraîtrait établie chez lui. Le juge a donc un pouvoir discrétionnaire;

[1] Cass., 17 août 1841 (Sirey, 1841. 1. 682).

[2] Cass., 28 décembre 1874 (Sirey, 1875. 1. 347), 14 décembre 1880 (Sirey, 1881. 1. 349).

et sa décision, quelle qu'elle soit, échappe au contrôle de la Cour suprême.

D'ailleurs la nullité facultative, résultant de l'omission des publications, serait couverte par le consentement ou la ratification postérieure, même tacite, donnée au mariage par les ascendants, par la cohabitation des conjoints, par leur possession d'état d'époux légitimes, par la survenance d'un enfant commun, et surtout par le long temps écoulé sans contestation de la part des intéressés.

Troisième système. — Aucune des deux opinions qui viennent d'être exposées ne donne, suivant nous, la véritable pensée de l'article 170. Une cause de nullité, fût-elle d'une application facultative pour les tribunaux, ne peut exister en dehors d'une disposition formelle de la loi. Les mots *pourvu que*, insérés dans l'article 170, ne peuvent avoir la signification qu'on leur prête. Ils gouvernent deux propositions : « *pourvu qu'il* (le mariage) ait été précédé des publications prescrites par l'article 63 au titre *Des actes de l'état civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.* » Or, au nombre *des dispositions contenues au chapitre précédent* du Code, figure notamment celle qui est relative à la signification d'actes respectueux aux personnes ayant qualité pour consentir au mariage. Et nul ne songe à prétendre que l'absence d'actes respectueux puisse être pour le mariage une cause de nullité !

D'autre part, la nécessité des publications exigées par l'article 170 constitue une dérogation à la règle *Locus regit actum*, rappelée expressément au début de cet article, et les dérogations ne peuvent être étendues arbitrairement. Enfin, ce qui paraît ressortir et de notre texte et des discussions que sa rédaction a soulevées, c'est que le législateur a voulu conserver autant que possible au Français qui contracte mariage à l'étranger la situation qui lui serait faite si son mariage était célébré en France. Or, dans ce dernier cas, l'article 192 punit le défaut de publications d'une amende infligée à l'officier de l'état civil et aux parties. Pourquoi ne pas admettre la même règle pour le mariage célébré à l'étranger, au moins dans la mesure où elle est matériellement applicable, c'est-à-dire en ce qui concerne les parties? Pour toutes ces raisons, nous estimons que la règle établie par l'article 170 n'a d'autre sanction que l'amende encourue par ces dernières, et que son inobservation n'affecte pas la validité du mariage,

Transcription de l'acte de mariage. — L'article 171 du Code

civil complète la prescription de l'article précédent par une exigence nouvelle : « Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire du royaume, dit-il, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger dans les conditions prévues par le § 1er de l'article précédent (*c'est-à-dire dans les formes locales*) sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile. »

Quelle est la sanction de l'obligation que ce texte impose au Français marié sur un territoire étranger.

Il est difficile de soutenir que ce soit la nullité du mariage lui-même. Aucune loi ne la prononce; et les nullités ne doivent pas être suppléées, en cette matière surtout. Ce n'est pas davantage une amende pécuniaire; car il n'en est pas fait mention dans les textes. *Nulla pœna sine lege*. Cependant, a-t-on dit, il est impossible d'admettre qu'une disposition impérative de la loi soit dénuée de sanction. Et les tribunaux aussi bien que les auteurs se sont ingéniés à découvrir cette sanction.

Premier système. — Les uns ont prétendu que le mariage non transcrit, quoique valable *inter conjuges*, n'est jamais opposable aux tiers. La transcription en effet paraît avoir pour objet de porter le mariage célébré hors de nos frontières à la connaissance du public français. Fait-elle défaut, les tiers sont réputés l'ignorer et ne sauraient sans injustice être tenus d'en subir les effets. D'ailleurs l'article 194 du Code civil semble favorable à ce système, lorsqu'il dispose que « nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration *inscrit* sur le registre de l'état civil ». Et on conclut de là :

1° Que, faute de transcription, la femme sera capable de s'obliger en France envers des tiers, sans l'autorisation de son mari ou de justice;

2° Que son hypothèque légale ne prendra rang, à l'encontre des autres créanciers hypothécaires de son mari, que du jour de la transcription tardive de son acte de mariage, et même qu'elle en sera entièrement déchue et rangée dans la classe des créanciers chirographaires, si la transcription n'a pas été opérée avant la faillite ou le décès du mari;

3° Que les enfants nés du mariage non transcrit ne peuvent succéder aux biens que leurs père et mère possédaient en France au jour de leur décès, à l'encontre des autres parents de ces derniers;

4° Que ce mariage ne peut motiver l'annulation de la nouvelle union que l'un des conjoints aurait contractée en France.

Deuxième système. — D'autres ont jugé ces conséquences trop rigoureuses; pour eux, l'article 194 ne concerne que les personnes dont le mariage est célébré en France; c'est en fait, suivant les circonstances, qu'il faut résoudre la question de savoir si le mariage non transcrit ne peut pas être opposé aux tiers; et il n'en sera ainsi qu'autant que le défaut de transcription constitue de la part des époux une *faute dommageable*, c'est-à-dire lorsque le mariage n'a reçu en France aucune autre publicité et que les tiers ont par suite été dans l'impossibilité de le connaître. Alors, mais alors seulement, la femme qui doit réparation du préjudice que sa faute a causé (C. civ., art. 1382), ne pourra se prévaloir des droits que lui eût assurés son mariage à l'encontre des tiers. L'hypothèque légale que la loi lui attribue sur les biens de son mari ne sera pas opposable aux créanciers qui ont traité avec ce dernier, dans l'ignorance de son mariage. Ainsi encore la femme ne sera pas admise à demander la nullité des actes qu'elle a passés sans l'autorisation de son mari ou de justice.

Troisième système. — Ce système pèche par la base; comme l'a très bien démontré M. Mourlon[1], il n'est au fond qu'une pétition de principe. Pour attribuer à l'article 171 une sanction, il admet, comme supérieur à toute controverse, que la transcription exigée par cet article est requise dans une vue de publicité, dans l'intérêt des tiers; de l'autre que son absence constitue la femme fautive. Or cette double affirmation est très contestable.

a) En imposant au Français, de retour dans sa patrie, l'obligation de faire transcrire le mariage qu'il a contracté en pays étranger, la loi ne s'est pas préoccupée de la nécessité d'en informer les tiers. En effet, le délai ouvert au Français pour faire opérer cettre transcription est de trois mois pendant lesquels bien évidemment le mariage produit tous ses effets au regard des tiers indépendamment de toute mesure de publicité. Pourquoi ce mariage, qu'ils sont ainsi censés connaître, serait-il tout à coup réputé, par la seule expiration d'un délai, leur devenir inconnu? D'autre part, ce n'est qu'après être revenu sur le sol français que le Français est tenu de faire transcrire son acte de mariage; tant que les époux conservent leur résidence à

[1] *Revue de droit français et étranger*, 1844, t. I, p. 885 et suiv.

l'étranger, ils échappent à toute obligation de cette nature. Et cependant leur mariage, quoique non transcrit, produit, même en France, tous ses effets légaux au regard des tiers qui sont donc présumés en avoir eu connaissance par une autre voie. La transcription d'ailleurs. qu'on y fasse attention, doit être effectuée, même dans le cas où le Français ne reviendrait en France qu'après la dissolution de son mariage; or, comme à ce moment-là il n'est plus susceptible de produire aucun effet au regard des tiers, il ne servirait à rien de le rendre public. Enfin, si le Code avait considéré la transcription comme une mesure de publicité, elle ferait tout au moins double emploi avec les publications qui doivent précéder en France le mariage célébré à l'étranger (C. civ., art. 170), et avec l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, à laquelle la loi enjoint au mari de faire procéder dans les bureaux des hypothèques des divers arrondissements où sont situés ses immeubles (C. civ., art. 2136). Ces publications d'une part, cette inscription de l'autre, sont de nature à renseigner les tiers sur ce qu'ils ont intérêt à connaître.

b) La femme qui n'a pas fait transcrire son acte de mariage n'est pas en faute. Cela est bien évident, lorsqu'aucun acte de mariage, susceptible de transcription, n'a été dressé à l'étranger, si par exemple, le mariage s'est formé *solo consensu*, comme dans certains États de l'Amérique du Nord; la transcription suppose, en effet, un acte écrit qui puisse être copié sur le registre de l'état civil français. Mais, en admettant même qu'un acte ait été rédigé, comment soutenir que la femme est fautive de n'avoir pas requis sa transcription? Il n'en serait ainsi qu'autant qu'elle se serait dérobée à une prescription impérative de la loi. Or, la loi ne lui ordonne rien. Ce n'est pas à la femme, c'est au mari que l'article 171 impose la formalité de la transcription; il ne parle en effet que *du Français*, et l'on comprend très bien que ses injonctions ne s'adressent qu'au mari. La femme est au cours du mariage placée sous sa dépendance; le mari peut avoir intérêt à l'empêcher de faire transcrire son acte de mariage, et en dehors de l'influence morale qu'il exerce sur sa volonté, les droits que certains régimes matrimoniaux lui confèrent lui fourniront souvent le moyen matériel de mettre obstacle à cette transcription, qui n'est pas sans occasionner quelques débourses. Le législateur a si bien reconnu que la femme mariée n'est pas libre, qu'il suspend à son profit la prescription de toute action qui réfléchirait contre son mari, tant que dure le mariage (C. civ.,

art. 2256-2°), et qu'il la dispense d'inscrire son hypothèque légale. Ces considérations perdent-elles quelque chose de leur valeur, lorsqu'il s'agit d'opérer la transcription de l'article 171? La liberté de la femme sera-t-elle plus entière? et est-il juste d'attacher à son inaction les conséquences si dures que nous avons signalées? Aucun texte n'autorise l'affirmative; et elle est d'autant moins facile à défendre que le plus souvent la femme dont le mariage a été célébré à l'étranger est elle-même étrangère d'origine, et par conséquent ignorante des prescriptions de la loi française. Le défaut de transcription ne peut donc lui être imputé à faute.

Nous pensons que la disposition de l'article 171 n'a en vue que l'intérêt des époux eux-mêmes et de leur famille; qu'elle se propose uniquement de faciliter en France la preuve du mariage, en y mettant à la disposition des intéressés les documents qui servent à l'établir, sans qu'il leur soit nécessaire de recourir à l'intervention des autorités étrangères qui l'ont célébré, et que, par conséquent, le défaut de transcription n'a d'autre sanction que les difficultés de preuve auxquelles se heurteront les époux. Le premier projet du Code s'exprimait ainsi : « Trois mois après le retour du Français dans le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger doit être *enregistré*, à peine du double droit à défaut d'enregistrement. — Cet acte doit être encore, dans le même délai, reporté et *transcrit* sur le registre public des mariages du lieu de son domicile, sous peine, à défaut de ce report, d'une amende proportionnée aux facultés des époux, laquelle ne peut être moindre de 100 francs ni excéder 1.000 francs ». De ces deux dispositions, l'une, garantie par un double droit, était d'ordre exclusivement fiscal et ne se retrouve pas dans la rédaction définitive; l'autre est devenue l'article 171 ; mais c'est en vain que l'on y cherche la sanction de l'amende, écrite dans le projet. Et son absence s'explique par une erreur législative, sur laquelle les travaux préparatoires ne laissent subsister aucun doute. En effet, comme, dans la discussion soulevée à ce sujet au Conseil d'État, M. Defermon s'étonnait « que l'exécution de l'article 171 ne fût pas assurée par une disposition pénale », M. Réal répondit « que cette disposition pénale n'appartenait pas au Code civil et que sa place naturelle était dans les lois sur l'enregistrement, *où déjà elle se trouvait* ». Cette affirmation erronée n'ayant pas été contredite, il parut inutile d'ajouter pour l'article 171 une nouvelle sanction à celle que M. Réal prétendait à tort exister dans les lois fiscales. Et c'est ainsi

« par suite d'un malentendu que la loi est restée inachevée[1] ».

C'est donc à la règle *Locus regit actum* qu'il appartient de déterminer exclusivement, sauf les dérogations insérées dans les articles 170 et 171 du Code civil, les formalités du mariage contracté par un Français en pays étranger. Mais nous avons vu que cette règle est *facultative*, en ce sens qu'il est toujours loisible aux parties de s'affranchir de l'observation des formes locales, pour s'en tenir, si elles le préfèrent et si elles le peuvent, aux formes prescrites par leur loi personnelle.

L'application rigoureuse de la règle *Locus regit actum* présenterait en effet de graves inconvénients pour le Français, qui veut contracter mariage dans un pays où le droit d'y procéder est réservé aux ministres d'un culte qui n'est pas le sien, et où le mariage civil est inconnu. On a évité la difficulté en attribuant aux agents diplomatiques ou consulaires, qui représentent la France à l'étranger, compétence pour célébrer le mariage de leurs nationaux, dans les formes prescrites par la loi française. Nous n'avons pas à insister sur les raisons qui ont fait admettre cette compétence, commune à tous les actes de l'état civil; elles ont trouvé place au chapitre précédent.

En vain, arguant du silence qu'avait gardé l'article 170 dans sa rédaction primitive, avait-on dit qu'elle est étrangère au mariage, et que l'article 48 lui-même, qui valide « tout *acte* de l'état civil des Français en pays étranger..... reçu conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques ou par les consuls », ne s'occupe que de l'écrit, *instrumentum*, destiné à établir les différents faits qui intéressent l'état des personnes, et ne peut comprendre sous la dénomination si générale d'*actes de l'état civil*, l'ensemble des solennités dont se compose le mariage, et dont l'acte de célébration est une des moins importantes. A cette objection nous répondrons que le mariage, abstraction faite de l'écrit qui le constate, a été considéré par le législateur comme un véritable *acte de l'état civil*. Le chapitre III du titre *Des actes de l'état civil*, au Code est intitulé : *Des actes de mariage;* et cependant on y voit exposées toutes les solennités qu'implique la célébration du mariage. D'ailleurs la modification apportée par la loi du 29 novembre 1901 à l'article 170 du Code civil, en vue d'admettre

[1] Mourlon, *loc. cit.*, p. 899.

éventuellement la compétence diplomatique ou consulaire *même* pour les mariages entre Français et étrangers, a rendu, semble-t-il, toute controverse impossible pour l'avenir.

Ce texte, auquel nous avons déjà fait allusion, déclare valable le mariage célébré par un agent diplomatique ou consulaire français entre personnes dont une seule appartient à sa nationalité, *mais seulement dans les pays spécialement désignés par un décret du Président de la République.* Le décret du 29 décembre 1901 a désigné à cet effet, la Turquie, la Perse, l'Égypte, le Maroc, Mascate, le Siam, la Chine et la Corée.

Deuxième hypothèse. — *Mariage d'un étranger en France.*

L'étranger qui veut se marier en France pourra, si sa législation personnelle ne lui en a pas refusé le droit, recourir au ministère de l'officier de l'état civil français et se soumettre aux formalités établies, en vue du mariage, par la loi française conformément à la règle *Locus regit actum.*

Le caractère facultatif que nous avons attribué à cette règle nous conduit de même à valider le mariage contracté par deux étrangers en France, dans les formes prescrites par leur loi personnelle, pourvu que l'observation de ces formes ne trouve aucun obstacle dans l'*ordre public international.* Rien, suivant nous, ne s'oppose à ce que deux sujets américains, domiciliés dans l'État de New-York, se marient en France *solo consensu.* Mais notre solution sera différente si la loi personnelle des conjoints voit dans le mariage un contrat religieux et attribue compétence pour le célébrer à la seule autorité ecclésiastique. Deux sujets serbes ne sauraient être admis chez nous à faire bénir leur mariage par le prêtre orthodoxe, avant qu'il n'ait reçu la consécration, facile à obtenir, d'un agent du pouvoir civil, parce que l'intervention anticipée de ce prêtre est condamnée par la loi pénale, et paraît dès lors contraire en France à l'*ordre public international*[1]. Nous refuserons de même, et à plus forte raison, toute valeur en France au mariage *purement* religieux contracté sur notre territoire entre un étranger et un sujet français.

Un grand nombre d'États reconnaissent aux agents diplomatiques ou consulaires qui les représentent en pays étranger, qualité pour

[1] Cass., 12 février 1895 (D. P. 1896. 1. 377).

procéder au mariage de leurs nationaux. Il en est ainsi notamment de l'Allemagne, de l'Angleterre, de la Belgique, de l'Italie, des Pays-Bas, de la Confédération suisse, de l'Uruguay. Les consuls espagnols ne peuvent marier leurs ressortissants à l'étranger que dans les lieux où il n'existe pas d'officier de l'état civil.

Nos tribunaux devront tenir pour réguliers les mariages ainsi contractés, lorsque les parties appartiennent toutes deux à la même nationalité étrangère; mais c'est à juste titre qu'ils refuseront de reconnaître la validité de l'union célébrée en France par un agent diplomatique étranger entre deux personnes, dont l'une ne ressortit pas à l'État qu'il représente, encore que la loi dont cet agent tient ses pouvoirs lui attribue compétence même dans cette hypothèse, comme la loi allemande, la loi anglaise et la loi belge. Le droit d'agir des agents diplomatiques et des consuls étrangers repose, en effet, sur la faculté qui appartient à leurs nationaux de renoncer au bénéfice de la règle *Locus regit actum*, pour revenir à leur loi personnelle; et c'est devant cette loi personnelle seulement que la souveraineté territoriale s'incline. Mais lorsqu'un Italien par exemple contracte avec une femme anglaise devant l'ambassadeur anglais à Paris, dans les formes anglaises, on ne peut pas dire qu'il préfère sa loi personnelle à la loi locale, et que la règle *Locus regit actum* cesse ainsi de lui être applicable, Son mariage ne pourra donc être célébré en France que suivant les formes françaises; ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, la règle *Locus regit actum* est toujours impérative, lorsque deux personnes de nationalités différentes interviennent à l'acte dont il s'agit d'apprécier les formes extérieures.

Les difficultés internationales que soulèvent les formes du mariage sont encore très grandes, étant donné que certains États n'admettent pas en cette matière l'application de la règle *Locus regit actum*, qu'ils considèrent comme étrangère aux actes *solennels*, que d'autres refusent toute valeur aux mariages célébrés, sur leur propre territoire, par des agents diplomatiques ou consulaires étrangers, soit entre deux étrangers, soit entre un national et un étranger. C'est aux traités qu'il appartient d'y porter remède, en attendant que la création d'un office international des mariages les ait rendues, par l'adoption de principes communs et par l'établissement d'une juridiction commune, sinon impossibles, du moins plus faciles à résoudre[1].

[1] V. le règlement international arrêté en 1888 par l'Institut de droit international

Très importantes sont, à ce point de vue, les stipulations qui ont trouvé place dans la convention de La Haye du 12 juin 1902 :

Art. 5. — « Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré selon la loi du pays où il a eu lieu. — Il est toutefois entendu que les pays, dont la législation exige une célébration religieuse, pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger sans que cette prescription ait été observée. — Les dispositions de la loi nationale, en matière de publications, devront être respectées; mais le défaut de ces publications ne pourra pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui dont la loi aurait été violée. — Une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays de chacun des époux.

Art. 6. — « Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou consulaire, conformément à sa législation, si aucune des parties contractantes n'est ressortissante de l'État où le mariage a été célébré et si cet État ne s'y oppose pas. Il ne peut pas s'y opposer quand il s'agit d'un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois. — La réserve du second alinéa de l'article 5 est applicable aux mariages diplomatiques ou consulaires.

Art. 7. — « Le mariage, nul quant à la forme dans le pays où il a été célébré, pourra néanmoins être reconnu comme valable dans les autres pays, si la forme prescrite par la loi nationale de chacune des parties a été observée ».

Section III. — *Effets du mariage quant aux rapports personnels des époux entre eux et avec leurs enfants.*

Deux personnes de nationalité étrangère contractent mariage en France et y fixent leur résidence. A quelle loi appartiendra-t-il de préciser les effets que cette union doit produire, soit dans les rapports personnels des époux, soit dans leurs rapports avec les enfants qui naîtront d'eux?

Le mariage étant un contrat, on pourrait être tenté d'appliquer à ses

pour les conflits de lois en matière de mariage et de divorce (*Annuaire de l'Institut*, t. X, p. 75).

effets juridiques l'*autonomie de la volonté*, dont le principe a été établi ci-dessus, de laisser en conséquence les parties maîtresses absolues de choisir les règles suivant lesquelles ces effets se réaliseront, et de chercher à découvrir, soit dans des stipulations formelles, soit dans une interprétation de leur silence, la législation à laquelle elles ont entendu se référer. Mais ce point de vue est inexact, en ce que le mariage n'est pas un contrat comme un autre contrat; l'autonomie de la volonté humaine y est restreinte. S'il dépend des futurs de se marier ou de continuer à vivre dans le célibat, il ne dépend pas d'eux d'attacher à leur union des effets que la loi dont ils relèvent ne reconnaît pas et de repousser ceux qu'elle établit. Le mariage est la pierre angulaire de la famille et de la société; il forme un tout indivisible; il n'est pas permis d'accepter quelques-unes de ses conséquences, de répudier les autres. Tout en cette matière est d'ordre public, en ce sens que les Français en France, les étrangers sur un territoire étranger, sont liés relativement aux effets du mariage par les prescriptions de leur loi personnelle, et ne peuvent y déroger par un acte de leur volonté (cf. C. civ., art. 6).

Faut-il aller plus loin et dire que ces prescriptions sont non seulement d'*ordre public interne*, c'est-à-dire obligatoires pour les nationaux de l'État qui les a établies, mais encore d'*ordre public international*, en ce sens que l'étranger lui-même est tenu de les respecter sur le territoire où elles exercent leur empire? Ceci revient à se demander si l'intérêt général exige que deux époux étrangers obéissent en France, aussi bien que deux époux français, aux règles contenues dans les articles 203 et suivants du Code civil, si leur loi personnelle cesse de les régir dans celles de ses dispositions qui seraient contraires à ces articles. Parcourons quelques hypothèses :

a) Une femme étrangère commet un adultère en France. Il n'est pas douteux qu'elle ne soit passible, et quelles que soient à cet égard les dispositions de sa loi personnelle, des peines écrites dans l'article 337 du Code pénal. Toute loi pénale est en principe d'*ordre public international* et s'applique aux étrangers, comme aux nationaux eux-mêmes (C. civ., art. 3, § 1). Mais l'adultère sera-t-il une cause de séparation de corps ou de divorce, si la loi étrangère ne lui attache pas cet effet, et en admettant que les tribunaux français se déclarent compétents pour statuer à cet égard entre deux époux étrangers? La question sera résolue dans la dernière section de ce titre.

b) Un mari anglais, résidant en France, a à se plaindre de sa femme.

Devra-t-il être admis à recourir contre elle sur notre territoire aux mesures de correction que la loi anglaise autorise? pourra-t-il séquestrer sa femme? La négative nous paraît s'imposer, par cette raison que la liberté individuelle est une des assises de notre droit public, qu'elle est, comme telle, liée à l'*ordre public international*, et qu'il n'appartient pas à un étranger d'y porter atteinte, en dehors des cas que la loi française elle-même détermine.

c) Une femme étrangère quitte le domicile conjugal. Son mari, étranger comme elle, pourra-t-il invoquer en France, nonobstant les dispositions de sa loi personnelle, la jurisprudence qui permet d'obtenir, *etiam manu militari*, la réintégration de la fugitive? En d'autres termes, l'*ordre public international* est-il intéressé à l'emploi de la force? Nous ne le croyons pas. Si la loi étrangère ne permet pas à ceux qui lui obéissent de faire intervenir la force publique dans leurs querelles de ménage, c'est qu'elle réserve sans doute au mari d'autres moyens de faire respecter son autorité; et elle est le meilleur juge de leur efficacité. Peut-on dire que l'État français sera mis en péril, si un mari étranger ne peut faire ramener sa femme à son domicile, par des gendarmes? Ce qui prouve bien que l'intérêt général n'est pas lié à une voie d'exécution aussi discourtoise, c'est d'abord que le Français lui-même est maître de n'y pas recourir, en second lieu que la jurisprudence qui l'autorise est vivement attaquée. La loi personnelle des époux devra donc être préférée à cette dernière.

d) Un mari italien donne à sa femme, également italienne et résidant en France avec lui, une autorisation *générale*, à l'effet d'accomplir les actes que sa loi nationale lui défend d'accomplir par elle-même et sans assistance. L'acte effectué en France en vertu de cette autorisation, que le Code italien tient pour régulière (art. 134), sera-t-il valable pour nos tribunaux, quoique la loi française (C. civ., art. 223) exige en principe une autorisation spéciale? Cette question et toutes les questions semblables seront résolues, et résolues affirmativement, lorsque nous aurons démontré que l'incapacité de la femme mariée ne touche pas à l'*ordre public international*, que dès lors seule la loi personnelle a qualité pour en mesurer l'étendue et pour en préciser les effets.

On a prétendu que cette incapacité est commandée par une raison de décence publique et de moralité, et en ce sens on a invoqué l'autorité de Gui Coquille : « L'interdiction de contracter durant le ma-

riage a son respect à ce qu'une femme mariée, *par bienséance*, ne doit avoir communication avec d'autres sans le su et le congé de son mari, pour éviter la suspicion[1] ». Or il est bien certain que, si l'incapacité de la femme mariée n'est que la sauvegarde de sa pudeur, les dispositions qui l'organisent et la réglementent sont des lois de police et de sûreté, obligatoires pour toutes les femmes, étrangères ou nationales, qui habitent le sol où elles sont en vigueur. Mais c'est précisément là ce que nous contestons. Autrement il eût fallu refuser à la femme toute individualité juridique, lui interdire toute participation, autorisée ou non autorisée, aux divers actes de la vie civile, en un mot la soustraire au contact du monde extérieur. La loi française et la plupart des lois étrangères qui la constituent incapable ne sont pas allées jusque-là. Soit que l'on considère l'incapacité de la femme mariée comme dérivant de son infériorité naturelle (*fragilitas sexus*), et par conséquent comme une institution destinée à la protéger, soit que l'on y voie seulement la consécration de la suprématie maritale, il est évident qu'elle n'a en vue que des intérêts privés, ou bien ceux du mari, ou bien ceux de la femme. Et c'est le législateur dont les époux relèvent qui est le mieux placé pour déterminer la mesure dans laquelle ces intérêts doivent être protégés. L'État français est désintéressé dans la question; la loi française n'a pas qualité pour se substituer à la loi étrangère.

La jurisprudence est aujourd'hui fixée dans le sens de la personnalité du statut de l'incapacité de la femme mariée : on en peut tirer, avec les tribunaux ou avec les auteurs, les conséquences suivantes :

1° Une femme étrangère peut ester en justice en France sans l'autorisation de son mari, dans tous les cas où sa loi personnelle le lui permet.

2° La femme anglaise peut s'y prévaloir du contrat de *trust*, par lequel elle a fait à des fidéicommissaires (*trustees*) une cession fictive d'une partie de ses biens, pour les soustraire, conformément aux usages anglais, à la mauvaise gestion de son mari[2]; et elle est frappée en France des incapacités que sa loi personnelle fait résulter du mariage[3].

3° L'Italienne peut invoquer sur notre territoire l'autorisation géné-

[1] Coquille, *Coutume du Nivernais*, ch. XIII, art. 1er.
[2] Cass., 20 avril 1869 (Sirey, 1869. 1. 359).
[3] Cass., 30 janvier 1854 (Sirey, 1854. 1. 270).

rale de contracter, que lui a donnée son mari, aux termes de sa loi nationale; c'est l'hypothèse que nous avons prise ci-dessus pour exemple.

4° La femme espagnole ne peut en France cautionner son mari, à raison de l'incapacité velléienne dont elle est atteinte dans son pays.

5° Enfin la femme valaisane ne peut s'engager en France, sans avoir obtenu préalablement l'autorisation de la chambre pupillaire du canton, conformément à la loi du Valais [1].

En sens inverse, l'incapacité dont la femme française est frappée par le Code civil la suit en pays étranger (C. civ., art. 3, § 3). Nos tribunaux le reconnaissent, cela va sans dire, et la jurisprudence internationale, si ce n'est dans les pays où domine le réalisme anglo-américain, n'hésite pas à soumettre cette femme à la nécessité de l'autorisation maritale, dans tous les cas où la loi française la requiert.

Enfin, c'est la loi personnelle des époux qui dira à qui il appartient de poursuivre la nullité des actes passés par la femme incapable, dans quel délai cette nullité doit être demandée, et de quelle manière elle pourra se couvrir.

e) Deux époux français se font une donation en Italie où ils résident et où leurs biens sont situés; la loi italienne (C. civ., art. 1054) prohibe toute libéralité entre époux, si ce n'est par acte de dernière volonté; au contraire la loi française (C. civ., art. 1074 et 1096) autorise la donation, mais la déclare révocable. Laquelle de ces deux lois appliquerons-nous à l'hypothèse? La loi française, loi nationale des parties. La disposition de l'article 1096 du Code civil français est relative à la capacité des personnes; elle est une dépendance et un corollaire des lois relatives au mariage, à l'organisation de la famille. La prohibition écrite dans la loi italienne et motivée par l'intérêt privé des époux italiens n'est évidemment pas d'*ordre public international*. En effet, cette loi n'interdit pas les libéralités testamentaires entre époux, et une donation *révocable* n'est à vrai dire qu'un legs, puisque, jusqu'à son dernier jour, le donateur est maître de revenir sur sa libéralité. Les deux législations diffèrent donc plus en la forme qu'au fond [2].

C'est encore la loi nationale qu'il faudra appliquer dans le cas où

[1] Chambéry, 9 janvier 1884 (*Journal du dr. int. pr.*, 1885, p. 180).
[2] Cf. Cass., 8 mai 1894 (*Pand. fr. pér.*, 94. 5. 17).

deux époux italiens auraient consenti l'un au profit de l'autre la vente d'un immeuble situé en France; la prohibition de vente entre les époux, qui résulte de l'article 1595 du Code civil français, et que le Code italien s'est gardé de reproduire, se rattache étroitement au régime du mariage; elle a pour objet de pourvoir à l'intérêt particulier des Français et est tout à fait étrangere à l'*ordre public international.*

Il est d'ailleurs bon de noter que, pour que la donation ou la vente entre époux soit valable, il est nécessaire que chacun des deux époux, s'ils sont de nationalité différente, ait la capacité de concourir à l'acte qui l'opère, aux termes de sa loi personnelle. Un Français devenu Italien ne pourrait faire une vente à sa femme restée française. Et une donation même révocable ne pourrait intervenir entre eux. Dans le premier cas, en effet, la loi française, demeurée la loi de la femme, fait obstacle à la vente; dans le second, la loi italienne, devenue la loi du mari, repousse la donation.

f) Un père autrichien sera-t-il tenu en France de doter sa fille autrichienne, comme l'exige leur loi nationale commune (C. civ., art. 1220)? Sans aucun doute, l'intérêt général de l'État français n'exige pas qu'un étranger opulent puisse se soustraire aux obligations auxquelles la loi de son pays a cru devoir le soumettre vis-à-vis de ses enfants. Tout ce que la France peut faire, c'est d'affranchir ses nationaux de l'obligation de doter leurs enfants (C. civ. fr., art. 204); mais elle n'a aucune raison pour s'immiscer dans l'organisation intérieure d'une famille étrangère; l'*ordre public international* est sauf.

g) Un gendre anglais ou américain, résidant en France, y réclame des aliments à son beau-père, qui appartient à la même nationalité. En admettant que le tribunal français soit compétent pour connaître de sa demande, cette dernière sera-t-elle écoutée, par application de l'article 206 du Code civil, qui établit l'obligation alimentaire entre alliés en ligne directe, ou sera-t-elle repoussée, conformément à la loi personnelle des parties, qui l'exclut? La question est discutée. Les uns la résolvent par application de la loi personnelle, et dénient aux dispositions qui sont relatives à la dette alimentaire, le caractère de dispositions d'*ordre public international.* Nous, au contraire, nous estimons que, lorsque la loi française impose aux alliés en ligne directe le devoir de s'entr'aider, elle est guidée, non seulement par l'intérêt particulier de ceux qu'il s'agit d'arracher à la misère, mais

encore par l'intérêt général qui ne veut pas que la parcimonie d'un homme riche vis-à-vis d'un allié nécessiteux puisse grever la charité publique, dont les ressources sont appliquées aux besoins des étrangers comme aux besoins des nationaux.

De l'examen de ces divers conflits il ressort que, lorsque les personnes entre lesquelles existe l'obligation née du mariage appartiennent à une même patrie, c'est la loi personnelle, qui leur est commune, qui s'applique, en dehors des cas — et ils sont nombreux en cette matière, — où l'*ordre public international* demande qu'elle soit laissée de côté.

Mais la situation n'est pas toujours aussi nette. Toute obligation met en présence deux personnes : celle qui doit en recueillir le bénéfice et celle qui doit en subir la charge; et de ces deux personnes, chacune peut avoir une nationalité différente, puisque, nous l'avons vu, l'unité de patrie n'est pas de rigueur dans la famille. Il en résulte une difficulté sérieuse.

Supposons que de deux époux français, l'un, le mari, se fasse naturaliser en Angleterre au cours de son mariage et y fixe son domicile. La puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée seront-elles désormais gouvernées par la loi anglaise, devenue la loi personnelle du mari, ou continueront-elles à l'être par la loi française, demeurée la loi personnelle de la femme? Que la loi française régisse en France, après comme avant la naturalisation du mari, les effets du mariage qui touchent à l'*ordre public international*, cela est évident. Mais, s'il s'agit de la capacité juridique de la femme mariée par exemple, la question est plus douteuse.

L'incapacité qui frappe cette femme est établie dans l'intérêt de son mari, plus encore que dans le sien propre. Il semble donc que c'est à la loi personnelle du mari que la préférence doit être accordée en cas de conflit, et que par conséquent le mari naturalisé anglais doit être admis à invoquer chez nous les droits que la loi anglaise attache à ce titre. Mais cette solution, rigoureusement exacte, doit être tempérée par le principe que nous avons ci-dessus établi, à savoir que le changement de nationalité, obtenu isolément par l'un des conjoints, ne peut porter aucune atteinte aux droits privés de l'autre, pour lequel il est *res inter alios acta*. La femme demeurée Française a le droit de rester soumise, dans sa capacité, aux prescriptions de sa loi personnelle, et ce n'est que si elle y trouve quelque avantage qu'elle réclamera

l'application de la loi dont son mari relève désormais. Au contraire, est-ce la femme dont la nationalité a changé, son mari, demeuré Français, continuera dans tous les cas à exercer sur elle l'autorité maritale, telle qu'elle est organisée par le Code civil.

Autre hypothèse. Un sujet italien demande en France des aliments à son frère qui est Français. Sa prétention sera-t-elle accueillie ? Nous admettons l'affirmative : c'est-à-dire que, dans le conflit de la loi personnelle du créancier et de la loi personnelle du débiteur, nous donnons l'avantage à la première, à la loi de celui dans l'intérêt duquel la dette alimentaire existe dans l'espèce. L'intérêt du débiteur français, qui est de s'y soustraire, ne peut entrer en ligne de compte. Quant à l'intérêt de l'État français, il n'exige pas qu'un de nos nationaux ne laisse, par sa dureté, d'autre recours à son frère que la charité publique. Il faudrait en décider autrement si ce dernier, Français d'origine, n'avait acquis la nationalité italienne que par un fait postérieur à sa naissance, ou tout au moins après le jour où il est tombé dans le besoin, selon que l'on fixe à l'une ou à l'autre de ces époques le point de départ de l'obligation alimentaire. La naturalisation du débiteur ne pourrait être opposée à son frère qui n'a pas cessé d'être Français, et être pour lui la source d'un dommage pécuniaire.

Par application des mêmes idées, nous reconnaîtrons à la fille autrichienne le droit d'exiger de son père français une constitution de dot, conformément à l'article 1220 du Code civil autrichien, à moins qu'elle n'ait cessé d'être Française par une naturalisation, à laquelle son père est demeuré étranger [1].

SECTION IV. — *Effets du mariage quant au régime des biens des époux.*

Le mariage n'agit pas seulement sur la personne et sur la capacité juridique de ceux qu'il unit ; il exerce son influence sur le patrimoine des époux dont il confond le plus souvent les intérêts matériels. On appelle *régime matrimonial* l'ensemble des règles qui, par l'effet d'une convention expresse ou tacite, ou de la loi, gouvernent, à

[1] V. le règlement arrêté en 1888 par l'Institut du droit international pour les conflits des lois en mati re de mariage et de divorce (*Annuaire de l'Institut*, t. X, p. 75 et s.).

compter du mariage, les biens de l'un et de l'autre conjoints, au triple point de vue de la propriété, de la jouissance et de l'administration. Les régimes matrimoniaux, conventionnels ou légaux, varient avec les divers pays où ils sont usités; et il résulte de cette diversité des conflits souvent délicats à résoudre.

Tout d'abord, mettons à part les règles relatives à la capacité des parties, en ce qui touche leurs conventions matrimoniales. Ces règles ressortissent à leurs lois personnelles. Le contrat intervient-il, soit en France, soit en dehors de nos frontières, entre un Français et une femme étrangère, ou entre un étranger et une femme française, c'est à la loi personnelle de chacun des futurs qu'il appartient de déterminer à quelles conditions il sera capable d'y intervenir; chacun, en effet, conserve jusqu'au jour du mariage, et sa nationalité et sa loi personnelle. C'est la loi française qui, même à l'étranger, fixera l'âge auquel le Français pourra figurer dans un contrat de mariage, et désignera les personnes dont l'assistance lui sera nécessaire (C. civ., art. 1398). De même l'article 1394 lui défendra de faire rédiger ses conventions matrimoniales après le mariage, et, à moins que le mariage n'ait changé sa nationalité et la loi dont il relève (C. civ., art. 19), toute modification postérieure au contrat lui sera interdite, en dehors des conditions énoncées par cet article (C. civ., art. 1394 et 1395).

Mais les restrictions que les articles 1394 et 1395 du Code civil apportent ainsi à la capacité des futurs ne sont-elles applicables qu'aux Français? Les étrangers, en France, n'y seront-ils pas soumis, comme à de véritables dispositions d'*ordre public international?*

Le législateur français, a-t-on dit à l'appui de l'affirmative, s'est proposé, dans ces articles, de pourvoir à l'intérêt des tiers qui contractent avec les époux, et dont les droits seraient compromis, s'il était permis à ces derniers de convenir, après le mariage, d'un régime pour leurs biens, ou même de modifier celui qu'ils ont antérieurement adopté. C'est donc le souci du crédit public, c'est-à-dire l'intérêt général de l'État français, qui a inspiré les articles 1394 et 1395; l'étranger ne peut se soustraire à leur application.

Nous répondrons que ces textes ont avant tout pour objet d'éloigner des époux toute cause de mésintelligence ou d'aigreur, en mettant celui qui a le plus d'ascendant sur son conjoint dans l'impossibilité d'en obtenir, après le mariage, des avantages plus grands que ceux qui lui sont attribués par le contrat, et en créant, à cet effet, une in-

capacité particulière limitée à un objet déterminé, telles que la loi en a souvent établies (V. not. C. civ., art. 472, 909, 1096, 1595). Mais l'intérêt des époux français a seul été pris en considération. La loi française n'a pas à protéger, dans leurs rapports pécuniaires, des étrangers que leur législation personnelle juge capables de se défendre eux-mêmes, ou qui dans tous les cas se trouvent suffisamment garantis par d'autres dispositions légales.

Sans doute l'intérêt des tiers est aussi pour quelque chose dans les articles 1394 et 1395; mais il ne s'agit que des tiers qui ont traité avec des époux français. Est-il donc si rigoureux de leur donner moins de garanties contre des époux étrangers que contre des époux français? N'est-ce pas là le droit commun? Nous avons vu en effet que le Français ne peut, à moins d'une fraude dûment constatée, dénier à l'étranger avec lequel il a contracté, le bénéfice de sa loi personnelle, dont il ignore les dispositions, et qui dans tous les cas peut être pour lui la source d'un grave préjudice; c'est au Français à ne traiter qu'à bon escient, et après s'être entouré de tous les renseignements utiles. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que cette même inégalité, au point de vue du danger de lésion qui le menace, reparaisse dans les rapports du Français avec des époux de nationalité étrangère, aussi bien que dans ses rapports, avec tout autre étranger.

Aux formes extérieures du contrat de mariage, nous appliquerons la règle *Locus regit actum*.

Si donc les conventions matrimoniales sont arrêtées dans un pays où l'authenticité n'est pas requise, nous nous contenterons, encore que les parties soient françaises et que notre législation voie dans le contrat de mariage un *contrat solennel*, d'un acte sous signature privée. De même si la *lex loci* exige l'authenticité du contrat, il faudra tenir compte de celles de ses dispositions, qui sont relatives, soit à la compétence de l'officier public chargé de recevoir l'acte, soit à la langue dans laquelle il devra être rédigé, soit au nombre, soit à la qualité des témoins dont la présence est nécessaire.

Mais, comme dans notre opinion, la règle *Locus regit actum* est facultative en principe, rien n'empêchera les parties, si toutes deux sont de même nationalité, de recourir de préférence aux formes que reconnaît leur législation personnelle, pourvu que ce recours leur soit matériellement possible. Un Français et une Française pourront,

en pays étranger, demander à un notaire de dresser acte de leurs conventions matrimoniales conformément à la loi française, et, en cas de refus de la part de ce dernier, l'authenticité sera valablement donnée au contrat par le chancelier du consulat français, qui remplit pour nos nationaux expatriés les fonctions de notaire. Lorsque les futurs ont renoncé à la règle *Locus regit actum*, pour se replacer sous l'empire exclusif de la loi française, ils doivent obéir à toutes les conditions de forme exigées par cette dernière ; c'est ainsi notamment qu'ils sont tenus d'assurer à leur contrat la publicité organisée, pour les commerçants, par l'article 67 du Code de commerce, et, pour toute personne, par la loi du 10 juillet 1850. Au contraire préfèrent-ils l'observation de la loi locale, ces textes cessent de leur être applicables, et c'est la loi étrangère qui, seule, détermine la publicité que le contrat doit recevoir, et qui se confond avec ses formes extérieures.

Réciproquement, le contrat de mariage intervenu entre deux étrangers de même nationalité sur le sol français pourra être dressé, soit dans les formes françaises, c'est-à-dire par acte notarié, soit dans les formes qui sont établies par leur loi personnelle, par acte sous seing privé par exemple.

Mais nous avons vu que la règle *Locus regit actum* cesse d'être facultative, toutes les fois que l'*ordre public international* paraît lié à certaines règles de forme édictées par la loi locale. Or, n'en est-il pas ainsi de la publicité que la loi du 10 juillet 1850 a voulu assurer en France au contrat de mariage, en exigeant la remise à l'officier de l'état civil, appelé à célébrer le mariage, d'un certificat délivré par le notaire qui a constaté les conventions matrimoniales des futurs, et relatant, d'une part la date du contrat, de l'autre les noms et résidence du notaire et des parties ? Le but de cette disposition, dit-on, est de protéger les tiers, puisque, dans le cas où les époux auraient déclaré mensongèrement s'être mariés sans contrat, « la femme est réputée, *à l'égard des tiers*, capable de contracter dans les termes du droit commun », c'est-à-dire, suivant l'interprétation la plus raisonnable, déchue de la faculté de se prévaloir des incapacités du régime dotal. Et l'intérêt des tiers ne se confond-il pas avec l'intérêt de l'État français, et par cela même avec l'*ordre public international ?*

Sans revenir sur les arguments que nous avons présentés ci-dessus pour dénier aux articles 1394 et 1395 du Code civil le caractère de

dispositions d'*ordre public international*, et qui conservent ici toute leur valeur, nous nous bornerons à faire observer que l'*ordre public international* est absolu de sa nature et répugne à toute exception. Or, la loi de 1850 ne pourra, par la force même des choses, être mise à exécution et par conséquent les tiers resteront désarmés à l'encontre des époux étrangers, lorsque la loi personnelle de ceux-ci leur permet de ne rédiger leurs conventions matrimoniales qu'après leur mariage ou lorsqu'ils auront eu recours, pour la célébration, non pas à l'officier de l'état civil français, mais à l'agent diplomatique ou consulaire qui représente leur pays. Rien en effet n'oblige, et, nous pouvons même le dire, n'autorise cet agent à exiger des futurs la production du certificat que réclame la loi de 1850. Singulier *ordre public international* en vérité que celui auquel il serait permis aux parties de se soustraire, en renonçant à la règle *Locus regit actum* et en préférant à la compétence de l'autorité locale française celle du consul étranger! Pour être logique, il faudrait leur imposer, dans tous les cas, la stricte et complète observation des formes établies par la loi française; ce qui est inadmissible. La femme étrangère pourra donc valablement opposer aux tiers les clauses de son contrat, même non rendu public; mais elle sera tenue de réparer, conformément au droit commun (C. civ., art. 1382), le préjudice qui sera résulté pour eux de la dissimulation de ce contrat.

Ayant ainsi fait la part des conditions de capacité qui sont requises chez l'un ou l'autre futur, et que gouverne nécessairement la loi personnelle de chacun, celle des conditions de forme, que détermine toujours la *lex loci contractus*, lorsque les parties sont de nationalité différente, ou bien, si elles appartiennent à la même patrie, la *lex loci* ou leur loi personnelle, à leur choix, nous arrivons à la question, importante entre toutes, de savoir quelle législation régira les rapports pécuniaires des époux, soit qu'un contrat ait été rédigé, soit qu'aucune stipulation formelle n'ait été convenue.

Première hypothèse. — *Un contrat de mariage a été rédigé.*

Deux Français arrêtent en Espagne leurs conventions matrimoniales et déclarent par exemple adopter le régime dotal. En supposant que les futurs se soient bornés à cette indication sommaire, il y aura lieu de se demander quel est le régime dotal, dont ils ont voulu faire la loi de leur association. Est-ce celui qu'organise la loi française, qui

est leur loi nationale? Est-ce celui du domicile matrimonial? celui du lieu où le contrat est intervenu? celui du lieu où sont situés les biens des époux? Il est indispensable de le savoir, car la nature et les effets du régime dotal varient avec les différentes législations : c'est ainsi que l'inaliénabilité dont la loi française affecte les immeubles dotaux de la femme ne se retrouve pas en Espagne.

Le contrat de mariage est un contrat pécuniaire, dont les parties sont maîtresses absolues de déterminer les clauses (C. civ., art. 1387). Il leur est permis de s'en rapporter, pour le règlement de leurs intérêts, aux dispositions de telle loi qu'il leur plaît de choisir, c'est-à-dire aussi bien à un Code étranger qu'à leur législation nationale.

Cette *autonomie* subit, il est vrai, quelques restrictions. D'une part, il n'est pas douteux que les Français à l'étranger, que les étrangers en France, sont tenus de se conformer aux prohibitions que contient leur loi personnelle; le Français, par exemple, ne saurait désobéir aux articles 1388 et suiv. du Code civil; l'Italien ne pourrait stipuler une communauté qui ne serait pas réduite aux acquêts. De l'autre, les tribunaux du pays où le contrat est invoqué refuseront peut-être de lui laisser produire les conséquences qu'ils jugeraient incompatibles avec l'*ordre public international;* ainsi, c'est à bon droit qu'ils proscriront sur leur territoire l'inaliénabilité dont le Code civil français frappe les immeubles dotaux, si la loi locale regarde cette inaliénabilité comme contraire à l'intérêt général.

Mais, à part ces deux restrictions, résultant, l'une de la loi personnelle des contractants, l'autre de l'intérêt de l'État dans lequel leurs conventions doivent être exécutées, la volonté est libre, et c'est à son interprétation la plus exacte possible qu'il faut tendre.

Lorsque les parties se sont formellement prononcées pour l'application de telle ou telle législation, rien n'est plus facile que de tenir compte de leur désir. Mais il peut arriver qu'elles n'aient pas exprimé ce désir avec certitude; elles ont déclaré, par exemple sans plus de phrases, se soumettre au régime dotal, pour reprendre l'espèce de tout à l'heure. Dans ce cas, il est nécessaire de recourir à des présomptions, de rechercher quelle a dû être raisonnablement l'intention des parties. Les uns s'attachent à la loi du lieu où le contrat a été passé, ordinairement celui de la célébration du mariage; d'autres — et c'est le grand nombre — présument que les parties ont entendu se référer à la loi du lieu où ce contrat doit produire ses effets, à la loi

de ce qu'on appelle le *domicile matrimonial*. Enfin, dans notre opinion, c'est la loi nationale du mari qui doit servir à interpréter les clauses obscures ou douteuses du contrat. La femme, en effet, acquiert par le mariage la nationalité de son mari; au moment où le contrat, dont la perfection dépend de la validité du mariage lui-même, commence à sortir ses effets, les époux ont une même patrie, et tout porte à croire qu'ils la conserveront longtemps; or la loi du mari, devenue la loi de l'association conjugale, gouvernant les effets personnels du mariage, il est naturel de croire, à moins d'une affirmation contraire, que les époux n'ont pas entendu soumettre à une loi différente le régime de leurs biens, qui se rattache d'une manière étroite à l'organisation de la famille. Les parties ont-elles adopté le régime dotal, c'est à cette loi qu'il appartiendra de dire de quelle manière la dot doit être constituée, quels sont les biens dont elle se compose, s'ils peuvent être aliénés: c'est elle qui déterminera, sous le régime de communauté, la composition active et passive de la masse commune, les conditions et les effets du remploi, les règles qui gouvernent les récompenses, l'acceptation et la répudiation de la communauté, etc.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Il n'a pas été fait de contrat de mariage.*

La plupart des législations suppléent à l'absence de contrat, en soumettant *ipso jure* le patrimoine des époux au régime qui paraît le mieux correspondre aux intérêts du ménage; mais, tandis que la loi française fait de la communauté le régime de droit commun, d'autres ont choisi le régime dotal ou la séparation de biens.

Dès lors, si nous nous plaçons en présence de deux époux mariés et domiciliés hors du pays d'origine du mari, quel sera le régime de leurs biens, à défaut de contrat formel? L'adoption d'un régime légal, résultant du silence que les parties ont gardé, s'analyse, à notre sens, et suivant la doctrine autrefois admise par Dumoulin [1], en une convention tacite; *causatur et introducitur ab ipso vero partium consensu.* Aussi faut-il faire intervenir en cette matière les règles d'interprétation qui viennent d'être développées, et les dissidences que nous avons signalées entre les auteurs ne perdent rien de leur gravité. Les uns pensent que, par leur silence, les parties ont manifesté le désir de se soumettre au régime légal du lieu où le mariage a été

[1] V. ci-dessus, p. 345.

célébré. D'autres préfèrent celui qui est usité soit au lieu du domicile matrimonial, soit au domicile qui était celui du futur époux, au jour du mariage. D'autres enfin appliquent aux intérêts pécuniaires des époux les règles établies par la loi personnelle du futur, qui va devenir leur loi commune, à moins qu'une volonté contraire ne puisse s'induire des circonstances. C'est à ce dernier système que nous croyons devoir nous rallier, comme répondant le mieux à l'intention probable des parties.

Ainsi deux Français, mariés sans contrat en Angleterre et y ayant leur domicile, seront réputés chez nous avoir choisi la communauté légale. Ainsi encore deux étrangers, mariés et domiciliés en France, seront, en l'absence de stipulations, réputés avoir accepté le régime dotal ou la séparation de biens, si tel est le régime légal dans le pays auquel ils appartiennent.

Mais ce ne sont là que des présomptions de volonté, que le juge a le droit de repousser, si des faits de la cause se dégage pour lui cette conviction que les époux ont préféré un régime différent, ou bien celui qui est de droit commun au lieu où le mariage a été célébré, ou bien celui du domicile matrimonial. Sa décision à cet égard est souveraine.

Pour faciliter sa tâche et venir en aide à ses incertitudes, il serait éminemment désirable que le législateur imposât à ceux qui se marient loin de leur patrie une déclaration analogue à celle que la loi du 10 juillet 1850 prescrit à nos nationaux sur le territoire français. Le Français, qui veut contracter mariage à l'étranger, pourrait être astreint à déclarer, lors des publications qu'il doit effectuer en France (C. civ., art. 170), la loi sous l'empire de laquelle il se propose de placer ses intérêts pécuniaires. Et inversement les étrangers qui requièrent l'officier de l'état civil français de procéder à leur union seraient invités à lui faire connaître quel est, à défaut de contrat, le régime légal auquel ils entendent se soumettre. Faute de satisfaire à cette injonction, ils seraient, comme les Français eux-mêmes, réputés communs en biens (C. civ., art. 1393).

La volonté des parties joue donc en cette matière un rôle prépondérant; et le régime qu'elles ont adopté, soit par un contrat exprès, soit par une adhésion tacite, produit ses effets en tous lieux, sans qu'il y ait à distinguer entre les effets relatifs aux immeubles et ceux qui ne concernent que les biens mobiliers des époux; cela revient à

dire que c'est conformément à la doctrine enseignée par Dumoulin que doit être aujourd'hui résolue la *Famosissima quaestio* qui avait soulevé parmi nos anciens auteurs de si ardentes controverses[1].

Cependant la jurisprudence de nos tribunaux, transportant en cette matière la vieille théorie des statuts et l'interprétation excessive qu'elle donne à l'article 3, § 2 du Code civil, manifeste quelque tendance à limiter aux meubles les effets du régime choisi par les parties, en dehors des limites du pays dont la législation l'autorise. C'est particulièrement en ce qui touche l'inaliénabilité dont certaines lois frappent les immeubles dotaux que la question a été agitée. On a prétendu que la règle écrite dans l'article 1554 du Code civil est une règle de *statut réel*, en ce sens qu'elle frapperait en France les immeubles dotaux d'une femme étrangère, alors même que la loi personnelle de cette dernière les déclarerait inaliénables. Sans revenir sur les arguments par lesquels nous nous sommes efforcé de limiter ci-dessus la portée de l'article 3, § 2 du Code civil[2], il nous paraît difficile d'appliquer la disposition de ce texte à l'inaliénabilité dotale. Si la loi défend à la femme d'aliéner ses biens dotaux, ce n'est pas le moins du monde qu'elle entende grever ces derniers d'une sorte d'indisponibilité, dans l'intérêt de l'État. C'est une incapacité contractuelle qu'elle organise, par l'interprétation de la volonté des parties, et elle l'organise dans l'intérêt privé de la femme. « L'immeuble dotal est inaliénable, dit très justement M. Labbé, par un motif tiré de la situation de la femme. C'est parce que la femme est, en fait, sous l'ascendant de son mari ; c'est parce que, en fait, une femme qui a confiance en son mari, ou qui ne veut pas troubler la paix de son intérieur, aliène, promet, s'oblige, sous la seule inspiration de son mari. C'est parce qu'on a voulu que la femme ne fût pas victime de sa confiance ou de sa faiblesse. Voilà pourquoi le fonds dotal a été déclaré inaliénable[3] ». Mais l'intérêt général n'exige pas en France que la dot de la femme ne puisse être aliénée ; et ce qui le prouve, c'est que tout en acceptant le régime dotal, les futurs Français sont libres de renoncer à l'application de l'article 1554. Or, une règle qui n'est pas même d'*ordre public interne*, puisqu'une convention particulière entre Français y déroge valablement, ne peut évidemment être d'*ordre public international*, et enchaîner la volonté des époux

[1] V. ci-dessus, p. 346.
[2] V. ci-dessus, p. 392.
[3] Labbé, *Revue critique*, 1856, p. 5.

étrangers qui, en admettant un régime dotal étranger, dans lequel les immeubles demeurent inaliénables, ont suffisamment manifesté leur intention de se soustraire aux prescriptions de la loi française.

L'*ordre public international* ne reprendrait ses droits, nous l'avons dit, que dans l'hypothèse inverse, où deux conjoints français, mariés sous le régime dotal, prétendraient invoquer l'inaliénabilité qui résulte de ce régime, dans un pays où la législation locale la répudie comme portant atteinte à la libre circulation des biens, et par suite à la richesse nationale.

Mais la loi nationale du mari, à laquelle, faute de volonté suffisamment exprimée, les époux sont censés avoir voulu soumettre le régime de leurs biens, n'est pas immuable; elle est à la merci d'une naturalisation, d'un changement de patrie. Et, si nous nous plaçons au point de vue de ceux qui préfèrent à la loi nationale celle du *domicile matrimonial*, les modifications seront plus fréquentes encore. Faudra-t-il associer le régime matrimonial aux fluctuations qu'a pu subir la nationalité ou le domicile du mari, appliquer à l'interprétation de la volonté des parties les règles posées par la loi de leur patrie actuelle, ou bien s'en tenir à celles qui les gouvernaient, au jour où l'accord s'est formé? Cette dernière solution est la seule acceptable. Le changement de nationalité ou de domicile ne peut avoir d'influence sur des volontés antérieurement échangées; et il serait dangereux de permettre au mari de modifier, par son fait, la convention expresse ou tacite qui a fixé les droits des époux. L'immutabilité des conventions matrimoniales, proclamée par la loi française, serait ainsi facile à éluder, au détriment de la femme et des tiers, pour lesquels d'ailleurs la naturalisation obtenue par le mari est *res inter alios acta* et ne peut être la source d'aucun préjudice.

Parlerons-nous maintenant des conflits relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée? Nous n'avons rien à ajouter aux développements qui ont été consacrés ci-dessus à celle des mineurs et des interdits. C'est la loi qui régit les effets personnels du mariage, c'est-à-dire la loi du mari, devenue celle de la femme, qui détermine si cette dernière a droit à une garantie hypothécaire sur les biens de son mari, et, dans ce cas, cette garantie devra lui être reconnue même en pays étranger, dans les limites et sous les conditions qui

lui seront imposées par l'*ordre public international.* Au contraire, la *lex matrimonii* n'accorde-t-elle à la femme aucune hypothèque, comme en Angleterre par exemple, les immeubles possédés par son mari sur le sol français resteront libres entre ses mains, encore que les époux aient adopté un régime matrimonial français. L'article 2121 du Code civil n'est pas une disposition d'*ordre public international*[1].

Section V. — *Nullités, séparation de corps et divorce.*

Les relations que le mariage établit entre les époux peuvent être modifiées, soit par la *séparation de corps*, qui, tout en laissant subsister l'union conjugale elle-même et la plupart de ses effets, affranchit le mari et la femme du devoir de cohabitation que la loi leur impose, soit par une *annulation* ou par un *divorce* qui, brisant le mariage lui-même, rend à chacun d'eux toute sa liberté. L'annulation atteint le mariage qui n'a pas été valablement contracté, qui porte en lui un vice concomitant à sa célébration; quant au divorce, il dissout le mariage qui, bien que parfait et inattaquable *ab initio*, paraît à la justice devoir être rompu, dans l'intérêt de l'un des époux ou de tous deux. La séparation de corps s'applique à la même hypothèse.

Nullités de mariage. — Un Français contracte mariage en pays étranger, et la validité de ce mariage est attaquée. D'après quelle loi le tribunal saisi — et nous n'avons pas à rechercher quant à présent si les tribunaux français sont seuls compétents pour connaître de la demande en nullité — devra-t-il statuer? La réponse est facile. La nullité du mariage étant la conséquence de l'inobservation d'un texte de loi, c'est au texte violé qu'il appartient sans contredit de déterminer et le caractère de cette nullité, et les personnes qui auront qualité pour la poursuivre, et le délai dans lequel elle devra être proposée, et les fins de non recevoir qu'elle comporte, et ses effets, notamment au point de vue du *mariage putatif*.

Est-ce par exemple la condition de l'âge qui n'a pas été remplie, c'est dans la loi française, loi personnelle de l'époux, qu'il faudra chercher les règles applicables à l'action en nullité. Il en sera de même pour les causes de nullité tenant à l'absence ou à un vice du

[1] Voy. sur le régime des biens des époux les articles 12 à 15 du règlement adopté en 1888 par l'Institut de droit international (*Annuaire de l'Institut*, t. X, p. 75).

consentement, à l'existence d'un précédent mariage, à une parenté ou à une alliance prohibée entre les deux époux, à l'inobservation des formes établies par la loi française, lorsque c'est par le ministère d'un agent diplomatique ou d'un consul français qu'il a été procédé au mariage. D'ailleurs si c'est devant un tribunal étranger que ces causes de nullité, admises par la loi personnelle du Français, sont invoquées, il va sans dire qu'il sera maître d'apprécier si leur application n'est en rien contraire à l'intérêt général de l'État, au nom duquel il juge, et, dans ce dernier cas, de refuser d'y faire droit; il pourra même, si l'*ordre public international* lui paraît le demander, ajouter à ces causes de nullité d'autres causes que la loi française n'a pas prévues: mais ces dernières n'auront aucun effet en France et ne pourront y être invoquées.

Enfin, si c'est sur un vice de forme que repose l'instance en nullité dirigée contre un mariage qui a été contracté par un Français à l'étranger, conformément à la règle *Locus regit actum*, c'est la loi étrangère, la *lex loci*, dont les prescriptions ont été méconnues, qu'il faut considérer, alors même que le procès se serait engagé devant une juridiction française.

De toute manière le mariage annulé continuera à produire, au regard de l'époux de bonne foi et des enfants qui en sont nés, tous les effets d'une union valable, par application des articles 201 et 202 du Code civil français, alors bien que la loi du lieu où la nullité est prononcée ignore le *mariage putatif*, comme la loi anglaise; mais, remarquons-le, ce n'est pas la loi dont l'inobservation entraîne la nullité qui doit être considérée, à ce point de vue, mais uniquement la loi personnelle des époux ou de l'époux, dont le consentement a été surpris; en effet tout ce qui touche au consentement et à la capacité des parties se rattache à leur statut personnel.

Si maintenant, renversant l'hypothèse, nous prenons un étranger marié sur le sol français, il faudra, pour reconnaître si son mariage est valable ou s'il porte en lui un germe d'annulation, tenir compte des mêmes principes que nous venons d'appliquer au Français marié hors de France.

Soit que le litige s'élève à l'étranger, soit qu'il s'élève en France — nous supposons que le tribunal français se déclare compétent pour le juger, — c'est la législation dont l'inobservation entraîne la nullité qui doit être prise en considération.

La nullité provient-elle d'un vice de forme, de la violation de la loi française, si c'est dans les formes françaises que le mariage a été célébré, elle devra être prononcée conformément aux règles écrites dans le Code civil.

Au contraire, se rattache-t-elle à une condition de capacité établie par la loi personnelle de l'étranger, et à laquelle ce dernier ne s'est pas conformé, cette loi personnelle sera sans nul doute applicable, même en France, pourvu qu'elle ne soit pas en opposition avec notre *ordre public international;* et il en serait ainsi, nous le savons, si elle annule le mariage d'un blanc avec une femme de couleur, d'un homme libre avec une esclave, etc. D'autre part, l'*ordre public international* imposera parfois à nos tribunaux l'annulation d'un mariage dont la loi personnelle des parties admet la validité. Le consentement étant de l'essence du mariage, la femme albanaise que ses parents ont mariée contre son gré, sera fondée, nonobstant les dispositions de la loi dont elle relève, à invoquer en France la violence qu'elle a subie pour obtenir une sentence de nullité. Ainsi encore le mariage polygamique contracté sur notre territoire, au mépris de l'article 340 du Code pénal, devra être annulé, bien que la loi nationale des époux le tienne pour valable.

Enfin, suivant que la loi à laquelle l'étranger ressortit admet ou repousse la théorie du *mariage putatif*, l'union annulée continue ou cesse de produire ses effets en faveur de l'époux de bonne foi et des enfants issus du mariage, dans les limites fixées par cette loi. Par exemple, les enfants d'un Suisse dont le mariage est annulé pourront, quoique leurs parents aient été tous deux de mauvaise foi, réclamer en France les effets du mariage, par application de l'article 55 *in fine*, de la loi fédérale, qui s'écarte sous ce rapport de la loi française.

Lorsque le mariage a été annulé hors du pays de sa célébration, il y aurait lieu de requérir la transcription du jugement de nullité en marge de l'acte qui la constate. Le jugement émane-t-il de tribunaux civils régulièrement organisés à l'étranger, cette formalité ne rencontrera en général aucun obstacle en France, surtout si celui qui la requiert a pris le soin, inutile selon nous, de faire déclarer exécutoire par un tribunal français la décision dont il se réclame. Mais, lorsque cette décision a été rendue par des juges ecclésiastiques, par la sacrée congrégation de Rome, à laquelle le droit canonique attribue compétence exclusive pour annuler le mariage religieux, l'officier de l'état civil français refusera peut-être de s'incliner devant un décret de

l'autorité spirituelle romaine. Le seul moyen de tourner la difficulté serait de faire déclarer par les juges nationaux des époux que la sentence de la sacrée congrégation a plein effet dans leur pays, en ce qui concerne la nullité du mariage. Cette déclaration serait transcrite sur le registre de l'état civil français, à la requête de celle des parties qui l'aurait provoquée et obtenue[1].

Séparation de corps et divorce. — Deux époux français, résidant en pays étranger, veulent desserrer par une séparation de corps ou dissoudre par un divorce, le lien qui les unit l'un à l'autre. Leur désir sera-t-il écouté par la juridiction étrangère? et, dans le cas où la solution affirmative serait adoptée, est-ce d'après la loi française, loi personnelle des époux, ou d'après la loi du domicile matrimonial, ou d'après la loi du pays où le mariage a été célébré, ou encore d'après la loi du lieu où siège le tribunal saisi, que devront être appréciés les causes alléguées à l'appui de la demande, et les effets du divorce ou de la séparation de corps prononcée ?

En théorie, la question soulève les dissentiments les plus graves. Quelques auteurs, affectant de voir dans le mariage un contrat ordinaire, ne relevant que de la volonté des parties, enseignent que c'est à la loi à laquelle les parties ont vraisemblablement entendu soumettre sa formation qu'il appartient de préciser les causes et les effets de sa dissolution; pour les uns c'est la loi du *domicile matrimonial*, pour les autres celle du lieu de la célébration du mariage, qui doit être prise en considération. « On ne peut, disent-ils, soutenir que tout ce qui concerne la validité et la légitimité d'une convention doive être réglé par une loi, et que tout ce qui se rapporte à la résolution ou à l'annulation de la même convention doive être réglé par une autre loi. Ce sont là deux choses corrélatives; et de la même façon qu'on ne peut décider si un contrat est ou non valide, sans tenir compte de la loi sous laquelle il a été fait, on ne peut décider si on peut ou non dissoudre le mariage, sans se référer à la loi sous laquelle les conjoints se sont réciproquement obligés à l'union conjugale ».

Ce système repose sur une erreur. Le mariage, nous l'avons dit, est par sa nature même très différent des autres contrats. Si la volonté

[1] V. sur les nullités de mariage, les articles 8, 9 et 16 du règlement voté en 1888 par l'Institut de droit international (*Annuaire de l'Institut*, t. X, p. 75).

des parties est une condition essentielle à sa conclusion, l'intérêt général de l'État auquel elles appartiennent, qui se confond avec la bonne organisation des familles, ne permet pas à cette volonté de substituer aux effets personnels que la loi attache au mariage des effets différents. L'*ordre public interne* (C. civ., art. 6) limite à ce point de vue l'autonomie des parties contractantes. Et ce qui est vrai des conséquences non pécuniaires que le mariage engendre ne l'est pas moins des événements qui peuvent le relâcher ou le rompre. La loi personnelle dont les parties relèvent a seule compétence pour leur donner effet, encore que cette loi ait, depuis le jour du mariage, subi, par l'effet d'une naturalisation *commune aux époux*, quelque changement. Que si le changement n'atteint que la nationalité de l'un des époux, comme il ne peut préjudicier à l'autre, pour lequel il est *res inter alios acta*, c'est la loi personnelle qui a régi les rapports des deux époux jusqu'à la naturalisation, qui demeure seule applicable.

La loi personnelle des époux français, qui est la loi française, les suivant en pays étranger, ils devront donc être admis à faire prononcer leur divorce ou leur séparation de corps, hors de France et conformément à nos lois; et le changement ainsi apporté à leur condition sera reconnu en France. Mais la demande en divorce ou en séparation de corps introduite par un Français devant un tribunal étranger se heurtera parfois à l'intérêt de l'État sur le territoire duquel il se trouve, à l'*ordre public international*, et il va sans dire que la justice locale le fera respecter.

La portée de notre règle se trouve sensiblement diminuée en fait par cette restriction. Prenons, en effet, un État dont la législation repousse le divorce, l'Italie par exemple. Il est certain que les tribunaux qui y rendent la justice refuseront de se prêter à la dissolution du mariage de deux époux français, par application de la loi française, et le même refus eût été à bon droit, en France, opposé à deux époux allemands ou belges, avant la loi du 27 juillet 1884. C'est qu'en effet aujourd'hui les rares législations qui professent encore l'indissolubilité du mariage sont dominées par cette idée que le divorce est contraire à la morale universelle, et par conséquent à l'*ordre public international*.

En vain faisait-on observer, à l'encontre de cette solution généralement admise en France, sous l'empire de la loi du 8 juin 1816 qui avait effacé le divorce de notre législation, qu'avant la Révolution française, les juifs jouissaient sur notre territoire du bénéfice

de la législation mosaïque qui admet le divorce et que les tribunaux français n'hésitaient pas à leur en faire application, encore que l'indissolubilité du mariage fût la règle sous l'ancien régime? or, la situation des juifs, formant alors une nation dans la nation, était à peu près semblable à celle qui est faite aujourd'hui en France aux étrangers sous le rapport du statut personnel. L'objection perd une partie de sa valeur, si l'on compare le fondement sur lequel reposait autrefois en France l'indissolubilité du mariage et les idées qui ont inspiré chez nous la loi de 1816 et qui ont encore cours dans certains pays. Avant la Révolution, le mariage était regardé par nos pères comme un contrat religieux empruntant sa validité aux sacrements de l'Église; son indissolubilité résultait donc plutôt d'une loi religieuse que d'une loi de l'État, et il était naturel de ne l'imposer qu'à ceux qui obéissaient aux prescriptions d'ordre ecclésiastique, c'est-à-dire aux catholiques. Quant aux autres, ils y échappaient, non pas comme étrangers, mais comme appartenant à une religion dissidente. Le mariage a été sécularisé; il produit aujourd'hui des effets identiques, quelle que soit la religion des conjoints, et la loi du 8 mai 1816, en abolissant le divorce et en proclamant jusqu'à l'année 1884, l'indissolubtlité du mariage, a eu pour objet non pas de donner satisfaction à tel ou tel dogme, mais d'assurer aux familles et par suite à la société une stabilité plus grande; elle a été inspirée par l'intérêt général de l'État français, par l'*ordre public international*, peut-être mal compris, ainsi que l'a jugé le Parlement de 1884.

Nous pouvons donc poser en règle, que le divorce ne sera obtenu à l'étranger par nos nationaux — compétence des tribunaux étrangers réservée — que si la législation locale ne le condamne pas comme contraire à l'*ordre public international*.

Admettons qu'il en soit ainsi, que la législation locale, aussi bien que la loi française, reconnaisse et la séparation de corps et le divorce; mais qu'elle les fasse résulter de causes différentes et qu'elle leur attache des effets différents. Dans ce cas les juges étrangers saisis d'une demande en séparation de corps ou en divorce entre époux français devront en général tenir compte exclusivement des prescriptions de la loi française, et il n'en serait autrement qu'autant que l'*ordre public international* ne s'accommoderait pas de ces dernières. Par exemple, la loi de 1884 voit une cause de divorce dans le simple adultère du mari, tandis que la législation anglaise exige que cet

adultère ait été accompagné d'inceste ou de bigamie, pour que la dissolution du mariage puisse être prononcée. Les juges anglais n'hésiteront pas à repousser la demande de divorce, fondée sur le seul adultère du mari, parce que la preuve de cet adultère aboutira à des investigations souvent scandaleuses, dans tous les cas jugées par la loi anglaise dommageables à la morale publique et à l'intérêt des familles.

De même, les tribunaux hollandais pourront considérer qu'il est de l'intérêt général de l'État que l'abandon malicieux continué pendant plus de cinq ans permette à l'époux français délaissé d'obtenir le divorce et de contracter une nouvelle union, bien que la loi française ne lui attache pas nécessairement cet effet. Ainsi encore nos nationaux pourront se voir appliquer en Prusse telle ou telle cause de divorce, qui y paraîtrait réclamée par l'intérêt général, mais qui d'autre part serait inconnue en France. C'est à l'État étranger à mesurer ce qu'exigent son intérêt et le soin de sa sécurité. Mais il va sans dire que nos tribunaux regarderont comme non avenu un divorce prononcé à l'étranger, entre des sujets français, en dehors des dispositions de la loi française.

Enfin tel effet que la loi française attachait autrefois au divorce, notamment la prohibition du mariage entre l'époux adultère et son complice (C. civ., art. 298, abrogé par la loi du 15 décembre 1904), pouvait sembler contraire à l'*ordre public international*, en Angleterre, par exemple, où il a toujours été admis que le séducteur d'une femme mariée est moralement tenu de l'épouser après son divorce, pour réparer sa faute; mais le mariage contracté par le Français au mépris de cette prohibition, quoique respecté hors de nos frontières, ne produisait aucun effet en France avant la loi récente; l'incapacité écrite dans l'article 298 suivait le Français à l'étranger (C. civ., art. 3, § 3).

Bornons-nous à ces quelques exemples; ils suffisent à montrer quels obstacles opposera parfois à l'application extraterritoriale de nos lois sur la séparation de corps et le divorce, l'intérêt, bien ou mal entendu, de l'État étranger sur le sol duquel elles sont invoquées.

L'article 251 du Code civil, tel que l'a fait la loi du 18 avril 1886, ordonne la transcription du jugement ou de l'arrêt de divorce sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. Ce mariage a-t-il eu lieu en pays étranger, la transcription doit être opérée soit en marge de l'acte de mariage, si ce dernier a lui-même été trans-

crit conformément à l'article 171 du Code civil, soit au lieu où les époux ont eu leur dernier domicile en France, soit enfin au lieu où après leur retour ils ont fixé leur domicile actuel. D'une circulaire adressée par le parquet de la Seine aux maires de son ressort, à la date du 25 juillet 1887, il ressort que, si le divorce a été prononcé à l'étranger entre Français, l'officier de l'état civil doit se refuser à la transcription, tant que le jugement dont il résulte n'a pas été déclaré exécutoire par un tribunal français « il importe, en effet, que deux époux ne soient pas tenus en France pour légalement divorcés, quand la dissolution de leur mariage a pu être prononcée à l'étranger pour des motifs ou dans des conditions que n'admet pas la loi française ». Cette prescription est au point de vue juridique au moins contestable[1].

Les mêmes règles gouvernent l'hypothèse inverse : celle où deux époux *étrangers* s'adressent à nos tribunaux pour en obtenir une séparation de corps ou un divorce. Mettant toujours à part la question de compétence, sur laquelle nous aurons à revenir, nous devons dire que les étrangers peuvent se prévaloir en France de leurs lois personnelles, relativement au divorce et à la séparation de corps, pourvu que leur application ne mette pas en péril l'*ordre public international*. Quand donc le souci de l'*ordre public international*, obligera-t-il des juges français à préférer en cette matière à la loi des parties la loi française, la *lex fori?*

Sans aller jusqu'à dire, avec certains auteurs, que tout ce qui concerne la séparation de corps et le divorce est d'ordre public international, « soit que l'on y voie un châtiment que l'époux outragé inflige au coupable avec la permission de la société, soit que l'on tienne la loi qui autorise ou exclut le divorce pour une manifestation de principes religieux, politiques et moraux, faisant partie du *droit public*, impératif, auquel le juge doit obéir »[2], force nous est de reconnaître que l'intérêt général y joue souvent un rôle prépondérant qui suffit à paralyser, dans des hypothèses nombreuses, la loi personnelle des époux. La difficulté consiste donc à faire la part respective de cette dernière et de la loi française.

Tant que le principe du divorce n'a pas été admis en France, deux étrangers dont la législation personnelle repousse l'indissolubilité du

[1] V. ci-dessous, livre IV, titre III.
[2] Asser et Rivier, *Éléments de dr. int. pr.*, p. 118.

mariage, deux Allemands, par exemple, n'auraient pu, à notre sens, faire briser leur union par un tribunal français, parce que le divorce était alors regardé chez nous comme contraire à la bonne organisation des familles, et par suite à l'intérêt de l'État; mais ce même intérêt, qui répugne à une cohabitation devenue intolérable entre les époux, eût été suffisant pour autoriser un tribunal français à prononcer entre eux, tout au moins à titre provisoire, une séparation de fait, se ramenant à une simple mesure de police et dépourvue d'influence directe sur l'état des parties, à allouer une pension alimentaire à celui des époux qui est dans le besoin, à pourvoir à la garde et à l'éducation des enfants.

Inversement, deux époux italiens pourront-ils, depuis la loi de 1884, obtenir en France un divorce, que leur loi nationale condamne? En d'autres termes, la loi qui permet le divorce est-elle une loi de police et de sûreté, est-elle d'*ordre public international*, comme celle qui l'interdit?

On l'a soutenu : « Le juge d'un pays où le divorce est admis, dit M. Asser, n'en pourrait pas repousser la demande, sous prétexte qu'au lieu de la célébration du mariage ou du premier domicile conjugal, ou *dans le pays d'où le mari est originaire*, le divorce n'existe pas..... Dans les pays où ce moyen de dissolution est admis, le législateur a pensé qu'il serait contraire à l'ordre public de maintenir un mariage dont la dissolution est réclamée pour un motif légal. *Et en cela il n'a pas été guidé seulement par l'intérêt personnel des époux, mais il s'est inspiré, avant tout, de considérations qui se rattachent à l'intérêt de la famille, à l'ordre public, aux bonnes mœurs* »[1].

Sans doute le droit de demander le divorce est d'ordre public en France, en ce sens qu'il est interdit aux époux français de renoncer, au moins expressément, à s'en prévaloir, comme au bénéfice des autres lois qui régissent leur état; mais il n'est pas lié à l'*ordre public international*, en ce sens que la France n'a aucun intérêt à ce que l'état des sujets étrangers, qui n'a cessé d'être gouverné par leurs lois personnelles, subisse un changement que ces lois repoussent, par la dissolution d'un mariage, dont les conditions intrinsèques et les effets échappent en principe à l'action de la loi française. La séparation de corps prononcée à titre définitif, si la loi étrangère

[1] Asser et Rivier, *loc. cit.*

l'autorise, sinon à titre provisoire, par nos tribunaux, suffira à sauvegarder la paix publique, à prévenir le scandale et le mauvais exemple d'une existence commune insupportable. L'intérêt de l'État n'en demande pas davantage.

Et c'est pourquoi nous n'hésitons pas à refuser à l'étranger, judiciairement séparé dans son pays, la faculté d'obtenir en France un jugement de conversion, en dehors des cas où sa loi personnelle la lui accorde et des conditions auxquelles elle la subordonne. Le sujet hollandais dont la séparation de corps remonte à trois ans ne pourra donc invoquer l'article 310 du Code civil pour la faire convertir en divorce, son statut personnel n'admettant de conversion qu'après un laps écoulé de cinq ans, et seulement si les deux époux séparés y consentent; l'*ordre public international* n'exige pas qu'il y soit fait échec.

Supposons pour un instant que le principe du divorce est écrit aussi bien dans la loi personnelle des époux étrangers que dans la loi française; seulement les causes dont l'une et l'autre font résulter la dissolution du mariage diffèrent. Un sujet belge sera-t-il admis à exciper en France de la disposition de son Code civil qui permet le divorce par consentement mutuel? ou bien un citoyen suisse se prévaudra-t-il à bon droit devant nos tribunaux, pour obtenir la dissolution de son mariage, de l'aliénation mentale incurable de son conjoint? Nous ne le croyons pas. Lorsque le législateur français s'est décidé à rompre avec la doctrine de l'indissolubilité du mariage, il a sévèrement limité à un petit nombre les causes de divorce, et, s'il a laissé en dehors de son énumération le consentement mutuel et l'aliénation mentale par exemple, c'est qu'il a jugé que leur adoption nuirait à l'intérêt général, qui veut que l'organisation de la famille ne soit pas livrée aux caprices d'une volonté éphémère, et que l'époux malade ne perde pas le droit de recourir aux soins de son conjoint, le jour où la nécessité s'en fait le plus durement sentir.

Cela revient à dire que chaque fois qu'une demande en divorce sera portée par un étranger devant un tribunal français, que nous supposons compétent pour en connaître, ce tribunal devra examiner avant toutes choses : 1° si la loi personnelle dont cet étranger relève admet le divorce; 2° si la cause alléguée par lui n'est pas en opposition avec l'*ordre public international*, suivant l'idée que s'en est faite la loi française.

Que dirons-nous des effets du divorce ou de la séparation de corps

prononcée entre époux étrangers? Ces effets, aussi bien ceux qui affectent la personne même des conjoints, que ceux qui sont relatifs à leurs biens, meubles ou *immeubles*, aux avantages matrimoniaux qu'ils ont pu se faire, sont en principe réglés par leur loi personnelle. Et il n'en sera autrement que lorsque l'intérêt général de l'État français réclamera l'application de la loi locale. Par exemple, une femme étrangère divorcée depuis moins de dix mois ne pourra pas contracter en France une union nouvelle, alors même que sa loi personnelle le lui permettrait; l'article 296 du Code civil est une disposition d'*ordre public international*. Et le même caractère se retrouvait autrefois dans l'article 298 qui, dans le cas d'un divorce admis en justice pour cause d'adultère, interdisait tout mariage entre l'époux coupable et son complice; l'étranger n'aurait pu y contrevenir sur notre territoire. Mais en dehors de ces restrictions basées sur l'intérêt public, l'officier de l'état civil n'aurait pu, même avant 1884, refuser de procéder en France au mariage de l'étranger légalement divorcé dans son pays.

Le conflit qui peut s'élever en matière de divorce entre la loi personnelle des époux et l'*ordre public international*, dans le pays où leur demande est portée, est, on le voit, de nature à soulever dans la pratique de sérieuses difficultés. Que le divorce vienne à être prononcé en Prusse entre deux époux français, pour une cause que ne reconnaît pas notre législation, il est hors de doute que nos tribunaux n'en tiendront aucun compte et qu'ils considéreront le mariage comme étant encore debout. Et de même le divorce prononcé par la justice française entre époux étrangers, à raison de l'adultère du mari, dans lequel leur loi personnelle ne voit pas une cause de divorce; ne sera pas regardé comme valable dans leur patrie. Dans un cas comme dans l'autre, le même individu sera ici marié, là célibataire. Le plus souvent les tribunaux se tirent d'affaire en refusant en principe de connaître des causes matrimoniales entre étrangers; c'est le système français. Dans quelques pays cependant, le législateur a pourvu, par des textes formels, à cette situation si embarrassante; nous pouvons citer notamment la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874, dont l'article 56 porte que, « quant aux mariages entre étrangers, aucune action en divorce ou en nullité ne peut être admise par les tribunaux, s'il n'est pas établi que l'État dont les époux sont ressortissants reconnaîtra le jugement qui sera prononcé ».

Enfin l'une des conventions internationales signées à La Haye, le

12 juin 1902, entre la France, l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Suède et la Suisse a posé des règles intéressantes pour la solution des conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps. Les articles 1 à 9 de cette convention s'expriment ainsi qu'il suit :

ARTICLE PREMIER. — « Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée admettent le divorce l'une et l'autre. — Il en est de même de la séparation de corps.

ART. 2. — « Le divorce ne peut être demandé que si, dans le cas dont il s'agit, il est admis à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu où la demande est formée, encore que ce soit pour des causes différentes. — Il en est de même de la séparation de corps.

ART. 3. — « Nonobstant les dispositions des articles 1er et 2, la loi nationale sera seule observée, si la loi du lieu où la demande est formée le prescrit ou le permet.

ART. 4. — « La loi nationale indiquée par les articles précédents ne peut être invoquée pour donner à un fait qui s'est passé alors que les époux ou l'un d'eux étaient d'une autre nationalité le caractère d'une cause de divorce ou de séparation de corps.

ART. 5. — « La demande en divorce ou en séparation de corps peut être formée : — 1° devant la juridiction compétente d'après la loi nationale des époux ; — 2° devant la juridiction compétente du lieu où les époux sont domiciliés. Si, d'après leur législation nationale, les époux n'ont pas le même domicile, la juridiction compétente est celle du domicile du défendeur. Dans le cas d'abandon et dans le cas d'un changement de domicile opéré après que la cause de divorce ou de séparation est intervenue, la demande peut aussi être formée devant la juridiction compétente du dernier domicile commun. — Toutefois, la juridiction nationale est réservée dans la mesure où cette juridiction est seule compétente pour la demande en divorce ou en séparation de corps. La juridiction étrangère reste compétente pour un mariage qui ne peut donner lieu à une demande en divorce ou en séparation de corps devant la juridiction nationale compétente.

ART. 6. — « Dans le cas où des époux ne sont pas autorisés à former une demande en divorce ou en séparation de corps dans le pays où ils sont domiciliés, ils peuvent néanmoins l'un et l'autre, s'adresser à

la juridiction compétente de ce pays pour solliciter les mesures provisoires que prévoit sa législation en vue de la cessation de la vie en commun. Ces mesures seront maintenues si, dans le délai d'un an, elles sont confirmées par la juridiction nationale; elles ne dureront pas plus longtemps que ne le permet la loi du domicile.

ART. 7. — « Le divorce et la séparation de corps prononcés par un tribunal compétent, aux termes de l'article 5, seront reconnus partout, sous la condition que les clauses de la présente convention aient été observées et que, dans le cas où la décision aurait été rendue par défaut, le défendeur ait été cité conformément aux dispositions spéciales exigées par sa loi nationale pour reconnaître les jugements étrangers. — Seront reconnus également partout le divorce et la séparation de corps prononcés par une juridiction administrative, si la loi de chacun des époux reconnaît ce divorce et cette séparation.

ART. 8. — « Si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précédents, être considérée comme leur loi nationale.

ART. 9. — « La présente convention ne s'applique qu'aux demandes en divorce ou en séparation de corps formées dans l'un des États contractants, si l'un des plaideurs au moins est ressortissant d'un de ces États. Aucun État ne s'oblige à appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un État contractant ».

TITRE II

De la paternité et de la filiation.

Le fait de la procréation engendre, entre l'enfant et ceux qui lui ont donné la vie, des rapports de *paternité* et de *filiation*. La filiation est *légitime*, lorsque l'enfant est issu d'un mariage régulièrement contracté entre ses père et mère; elle est *naturelle*, lorsqu'il est né hors mariage. Enfin dans divers pays, un contrat purement civil, le contrat d'*adoption*, établit, entre personnes qui ne sont pas nées l'une de l'autre, un lien fictif de paternité et de filiation.

SECTION I. — *Enfants légitimes.*

La légitimité d'un enfant est contestée, soit en France, soit à l'étranger. D'après quelles règles cette contestation sera-t-elle admise à se produire et pourra-t-elle être combattue ?

Si le litige s'élève dans le pays même auquel l'enfant et sa famille ressortissent par leur nationalité, nul doute que la loi de ce pays, qui est à la fois la loi personnelle des parties et la loi du tribunal saisi ne soit applicable. Mais si c'est sur un territoire étranger que l'état de l'enfant est débattu, on peut hésiter entre la législation qui régit ce territoire et la législation personnelle des plaideurs.

Il n'y a, dira-t-on en faveur de la *lex fori*, qu'une question de preuve en suspens. Or, l'administration de la preuve est une dépendance de la procédure, et, par elle, se rattache au droit public. Comment un juge pourrait-il accueillir une preuve que repousse la loi au nom de laquelle il rend la justice? Cette loi seule a qualité pour déterminer le mode de preuve admissible.

L'argument qui nous est opposé repose sur une confusion; il ne distingue pas deux choses cependant très différentes : le *moyen* même de preuve, et la *forme* dans laquelle ce moyen sera invoqué.

La forme est, nous le verrons plus loin, du domaine exclusif de la *lex fori*. Quant au moyen de preuve lui-même, son admissibilité « ne saurait dépendre du lieu plus ou moins fortuit où le procès s'intente. L'exercice d'un droit n'est assuré d'une manière complète que si l'on en peut prouver l'existence en cas de contestation. *L'emploi des preuves est inséparable du droit même* [1] ». Or le point de savoir si l'enfant est ou n'est pas légitime se rattache bien évidemment à l'*état* des personnes; et la législation qui régit cet état doit aussi gouverner l'admissibilité des preuves qui serviront à l'établir.

C'est donc à la loi personnelle qu'il appartient de les déterminer, et tout le monde, même parmi les défenseurs de la doctrine statutaire, est d'accord pour le reconnaître. « On ne disputera pas sans doute, disait Bouhier, aux lois qui ont été faites pour régler la manière de prouver la filiation des enfants, et qui ne sont pas toujours uniformes, la qualité de *personnelles*. Il en faut donc conclure que l'enfant reconnu, au lieu du domicile du père et de la mère, pour être issu d'eux, et dans les formes prescrites en ce même domicile, doit sans difficulté être tenu pour tel dans tous les lieux où il pourra se transporter [2].

La loi personnelle nous dira si la présomption *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* peut être invoquée, et quelle est sa valeur, si la

[1] Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 167.
[2] Bouhier, *Obs. sur la cout. de Bourgogne*, ch. XXIV, nº 132.

possession d'état constitue un mode de preuve admissible, et sous quelles conditions.

La première chose à prouver pour l'enfant qui réclame la qualité d'enfant légitime, c'est le mariage, au moins putatif, contracté par sa mère, et ce mariage sera valablement établi par tous les modes de preuve que reconnaît la loi qui a présidé aux formes de sa célébration. Cette preuve une fois faite, et en supposant que la filiation maternelle de l'enfant ne fasse l'objet d'aucune contestation, le mari de sa mère peut exercer contre lui une action en désaveu.

Laissant de côté les autres hypothèses où la légitimité peut être contestée à l'enfant ou réclamée par lui, contentons-nous de résoudre les difficultés internationales qui naissent du désaveu.

Lorsque l'enfant et le mari de sa mère sont tous deux Français, il est certain, par application du principe général qui vient d'être posé, que c'est la loi française qui, même à l'étranger, formulera les causes qui peuvent servir de base à une instance en désaveu, qui désignera les personnes ayant qualité pour l'introduire ou pour y défendre, qui limitera le temps dans lequel son ouverture sera renfermée, et cette loi ne cédera que devant l'*ordre public international*, au lieu où elle est invoquée.

De même le mari étranger se prévaudra valablement en France, à l'encontre d'un enfant, étranger comme lui, des dispositions par lesquelles sa loi personnelle a réglementé l'action en désaveu, toujours à la condition que cette loi étrangère ne porte aucune atteinte à l'*ordre public international* français. Ainsi l'impuissance naturelle, alléguée comme cause de désaveu par un étranger, ne saurait être admise par nos tribunaux, quelles que soient à cet égard les dispositions de la loi étrangère : car, si l'article 313 du Code civil la repousse, c'est à raison des investigations scandaleuses, pleines de dangers pour la morale, que sa preuve eût nécessitées, et ce scandale, que l'État français a le droit et le devoir de prévenir, ne sera en rien diminué par la nationalité étrangère de ceux par qui ou à propos de qui il aura été provoqué.

Faut-il aussi voir une disposition d'*ordre public international* dans l'article 316 du Code civil, qui limite à un ou à deux mois l'exercice de l'action en désaveu, et, passé ce délai, refuser le droit d'agir en France au mari russe par exemple, alors que la législation russe autorise l'action en désaveu pendant une année tout entière? On pourrait dire, dans le sens de l'affirmative, que, si le législateur français

n'a pas permis de poursuivre le désaveu, après un ou deux mois écoulés, c'est qu'il a obéi à des vues morales, à la nécessité de restreindre dans une période très courte une situation périlleuse pour la paix des familles, au maintien de laquelle l'État est sans aucun doute intéressé. Mais est-ce bien là le point de vue auquel se sont placés les rédacteurs du Code civil? L'article 316 s'explique, à notre avis, par un double motif, auquel l'*ordre public international* est entièrement étranger. On a observé, d'une part, qu'un ou deux mois, passés sans réclamation, sont de nature à faire présumer chez les intéressés la volonté de renoncer au désaveu et de reconnaître la légitimité des enfants nés pendant le mariage; de l'autre, que, plus on s'éloigne de la naissance, plus la preuve de la filiation de l'enfant devient incertaine et difficile à fournir. Mais la loi française ne se préoccupe que de l'intérêt particulier de ses ressortissants, et il serait en vérité difficile de soutenir que la décence publique et l'intérêt général se trouveront plus gravement offensés en France, si le procès en désaveu est intenté huit ou dix mois après l'accouchement, par un étranger auquel sa loi personnelle donne le droit d'y recourir, que si ce même procès avait été jugé quelques mois plus tôt.

En vain objecterait-on encore que la fixation du délai dans lequel une action doit être introduite est du domaine de la procédure et doit par suite être appréciée d'après la loi du tribunal saisi, d'après la *lex fori*. Nous avons déjà prévu l'objection. Le délai imparti par l'article 316 du Code civil n'est pas un simple délai de procédure; il limite le droit du mari et de ses héritiers et fait corps avec lui; c'est donc la loi qui détermine la nature et l'étendue de ce droit, c'est-à-dire la loi personnelle des parties, qui, seule, est qualifiée pour le régir.

Mais il peut arriver que l'enfant ait une autre nationalité et une autre loi personnelle que les époux dont il se dit issu.

Voici l'hypothèse : Un enfant est né en France de la femme d'un étranger qui lui-même y est né; il est donc *hic et nunc* Français (C. civ., art. 8-3°). Le mari intente une action en désaveu. Est-ce d'après sa propre loi personnelle étrangère, ou d'après la loi française, loi personnelle de l'enfant, qu'elle sera jugée?

M. Laurent enseigne que c'est la loi du mari qui doit être prise en considération, et il se fonde sur ce que la filiation légitime est une

dépendance du mariage, dont la loi du mari régit les effets[1]. En ce qui nous concerne, nous préférons nous en tenir à la loi personnelle de l'enfant. Toutes les fois qu'un conflit de droit s'élève entre deux lois personnelles, il faut faire prévaloir celle de la partie dont l'intérêt est le plus directement en cause. Or, dans notre hypothèse, il n'est pas contestable que c'est l'*état* de l'enfant, et non pas celui du mari de sa mère, que le désaveu intéresse au plus haut degré.

Enfin supposons qu'il y ait conflit, non plus entre la loi personnelle du mari et celle de l'enfant, mais entre deux législations dont ce dernier a successivement relevé lui-même. L'enfant a changé de patrie dans l'intervalle de sa naissance et du jour où sa légitimité vient à être contestée ; est-ce la loi de sa nouvelle patrie ou celle de sa patrie d'origine, qui sera appliquée à la solution du litige ? Nous nous prononçons sans hésiter pour cette dernière. C'est au moment de la naissance de l'enfant que sa filiation se forme ; c'est donc la loi qui a présidé à cette naissance, qui est le mieux à même d'en diriger la preuve. Les modifications que sa nationalité a pu recevoir par la suite doivent demeurer sans influence sur un fait qui les a précédées. Et, si cette décision s'impose, c'est surtout lorsqu'on se place au point de vue des législations, encore si nombreuses, qui associent l'enfant mineur à tout changement de nationalité accepté ou subi par le chef de la famille. Il serait dangereux de laisser à ce dernier la faculté de compromettre l'état de l'enfant en se ménageant, par une naturalisation opportune, un moyen de désaveu, ou un délai, que lui eût refusés sa loi d'origine.

En résumé :

1° Lorsqu'un conflit s'élève, quant au moyen de prouver la filiation légitime, entre la *lex fori* et la loi personnelle des parties, cette dernière l'emporte.

2° Il faut donner la préférence à la loi personnelle de l'enfant sur celle de ses parents.

3° Lorsque l'enfant a changé de patrie, c'est la loi dont il a relevé au jour de sa naissance qui doit être appliquée au litige.

Section II. — *Enfants naturels.*

Parmi les enfants nés hors mariage, on peut distinguer les enfants naturels proprement dits et ceux qui, issus d'un commerce illicite,

[1] Laurent, *Droit civil int.*, t. V, p. 508.

ont obtenu, par un fait postérieur à leur naissance, le bienfait de la légitimation.

Enfants naturels proprement dits. — Un enfant naturel est né en France; il n'a été reconnu, supposons-le, ni par son père, ni par sa mère; il est donc Français *jure soli*. Quelque temps après sa naissance, un étranger se présente comme son père et demande à le reconnaître. A quelles conditions, à quelles formalités cette reconnaissance sera-t-elle soumise? quels seront ses effets?

La reconnaissance met en présence deux personnes, le père et l'enfant; elle attribuera en général à ce dernier la nationalité qui appartenait à son père au jour de sa naissance[1], et leur donnera ainsi le plus souvent une patrie commune. On pourrait donc essayer de soutenir, en s'appuyant sur la rétroactivité de la reconnaissance, que la seule loi personnelle à consulter ici est la loi du père, qui va devenir celle de l'enfant, qu'il suffit que le père soit capable de reconnaître pour que l'enfant soit capable d'être reconnu.

Ce point de vue serait inexact. L'unité de nationalité résulte, il est vrai, même dans le passé, de la reconnaissance; mais pour que cet effet soit produit, il faut que la reconnaissance elle-même ait été valablement opérée; et elle ne l'a été que si les deux parties, le père d'une part, l'enfant de l'autre, sont respectivement capables d'après leur loi personnelle, l'un de reconnaître, l'autre d'être reconnu. Il faut donc tenir compte à la fois de la loi française, qui est encore celle de l'enfant, et de la loi étrangère, à laquelle ressortit le père; lorsque ces deux lois auront été obéies, mais alors seulement, la reconnaissance sera parfaite. Il en est de même, est-il besoin de le rappeler? du mariage qui unit deux personnes de nationalité différente.

Si donc le père de l'enfant était, au jour de sa conception, marié à une femme autre que la mère, cet enfant, étant adultérin, ne pourra être valablement reconnu, puisque la loi française le défend, bien que la loi personnelle du père, la loi prussienne par exemple, ne contienne aucune prohibition de ce genre.

En sens inverse, quoiqu'on s'accorde à admettre que la loi française ne voit pas dans l'âge du père un obstacle à la reconnaissance, un Néerlandais mineur de dix-neuf ans ne pourrait reconnaître un

[1] V. cep. ci-dessus, p. 17.

enfant naturel français. Et de même nous n'hésiterions pas à tenir pour nulle la reconnaissance volontaire opérée par un Anglais, domicilié en Angleterre, puisque la législation anglaise la repousse.

D'ailleurs, même valable *a priori* au regard de la loi personnelle des parties, la reconnaissance pourra se heurter à un obstacle tiré de l'*ordre public international*, dans le pays où le père voudrait l'effectuer. Ainsi par exemple il est hors de doute qu'un enfant adultérin ou incestueux, de nationalité prussienne, ne pourrait être reconnu en France par son père, Prussien comme lui, en dépit des dispositions contraires de la loi prussienne. Le texte de l'article 335 du Code civil, qui prohibe une semblable reconnaissance, est inspiré par l'intérêt de l'État, par le souci des mœurs et de la décence publique, qui souffrirait de l'aveu de relations criminelles. « La naissance de l'enfant, disait le tribun Lahary, quand il est le fruit de l'inceste ou de l'adultère, est une vraie calamité pour les mœurs. Loin de conserver aucune trace de son existence, il serait à désirer qu'on en pût éteindre jusqu'au souvenir[1] ».

Dans quelles formes la reconnaissance volontaire, faite par un père capable d'y procéder, au profit d'un enfant capable d'en recevoir le bienfait, devra-t-elle intervenir?

Lorsque l'un et l'autre relèvent de la même patrie, la reconnaissance pourra être faite, soit dans les formes établies par la *lex loci*, conformément à l'adage *Locus regit actum*, soit dans celles que prescrit leur loi nationale commune, puisque la règle *Locus regit actum* est facultative. Mais ce droit d'option disparaît, lorsque le père et l'enfant sont citoyens de deux États différents; dans ce cas la loi locale est seule applicable.

Ainsi le père espagnol reconnaîtra valablement en France son fils, qui est Espagnol comme lui, soit par un acte authentique, dans la forme française, soit par un acte sous seing privé, de la manière qu'autorise leur loi nationale. Au contraire l'enfant est-il Français, un acte authentique sera nécessaire.

En revanche, la reconnaissance effectuée par un Français, fût-ce en faveur d'un autre Français, sur le sol espagnol, sera valable, alors même qu'elle ne résulterait que d'un acte sous seing privé.

Jusqu'ici nous n'avons visé que l'hypothèse d'une reconnaissance

[1] Locré, *Législation civile*, t. III, p. 115.

volontaire. Comment résoudrons-nous les conflits de lois relatifs à la recherche judiciaire de la paternité et de la maternité naturelles?

Cette recherche ne pourra jamais avoir lieu, disons-le tout d'abord, qu'autant que les lois personnelles respectives des plaideurs la déclarent également possible; il y a là, en effet, de part et d'autre, une question de capacité. L'enfant naturel français ne sera pas admis à poursuivre la déclaration d'une maternité adultérine ou incestueuse à l'encontre d'une femme étrangère, dont la loi nationale n'y fait aucun obstacle; il ne sera pas davantage admis à prouver en justice qu'il est issu des œuvres d'un étranger, dont la législation ne condamne pas la recherche de la paternité.

Lorsque les deux législations sont d'accord pour autoriser la preuve de la filiation naturelle de l'enfant, il faut encore déterminer à laquelle il revient d'indiquer les moyens par lesquels elle pourra être établie, et, dans le conflit de la loi du père et de celle de l'enfant, nous nous prononçons, comme nous l'avons fait à propos de la filiation légitime, pour la loi personnelle de l'enfant, dont l'état est seul directement en cause.

Enfin il peut se faire qu'un enfant étranger poursuive en déclaration de paternité un autre étranger, en vertu de la loi étrangère qui les régit tous deux, et cela sur le territoire d'un État où la recherche de la paternité est interdite, en France par exemple. Cette poursuite sera-t-elle accueillie par nos tribunaux? La négative n'est pas douteuse. L'article 340 du Code civil français est une disposition d'*ordre public international,* ainsi qu'il ressort des motifs qui l'ont inspiré. En effet, le législateur a reculé devant les difficultés et le scandale d'une preuve toujours incertaine, devant les spéculations immorales dont elle n'eût pas manqué d'être l'occasion. Or, ces difficultés, ce scandale, ces spéculations ne sont pas moins à redouter dans l'instance en déclaration de paternité introduite en France par un étranger, que dans celle dont un Français aurait pris l'initiative; l'intérêt général repousse l'une comme l'autre, et l'article 340 s'applique aux étrangers comme aux nationaux sur le sol français.

N'exagérons cependant pas la portée de cette décision. De ce qu'un tribunal français ne saurait admettre un étranger à poursuivre chez nous la constatation de sa filiation paternelle, il ne s'ensuit nullement que cette constatation, valablement faite à son profit contre un autre étranger, dans un pays où elle est autorisée, doive être tenue en France pour non avenue. Ce que la loi française a voulu préve-

nir, c'est non pas l'aveu d'une paternité qu'une reconnaissance volontaire pourrait établir, mais un procès scandaleux, des investigations dangereuses pour la morale publique. Et du moment que ce procès, que ces recherches ont eu lieu loin de nos frontières, l'*ordre public international* français est à l'abri de toute atteinte, et nos tribunaux ne le blesseront en rien, s'ils font produire tous ses effets à la sentence de la justice étrangère. Nous ferons cependant exception pour celle qui constaterait une paternité adultérine ou incestueuse. La loi française en effet, et abstraction faite du scandale de la preuve, en défend le simple aveu, comme contraire à l'*ordre public international*.

La jurisprudence française incline à permettre à l'étranger d'invoquer en France le déclaration de paternité naturelle obtenue par lui hors de nos frontières; il a même été jugé qu'il peut se prévaloir sur le territoire français de la disposition de sa loi personnelle qui admet, en dehors de toute instance judiciaire, la possession d'état, constante et ininterrompue d'enfant naturel, comme preuve de sa filiation, à la condition, bien entendu, que cette possession d'état se suffise à elle-même et ne constitue pas seulement une présomption, un élément de preuve, pouvant servir à établir la filiation paternelle de l'enfant, en d'autres termes à faciliter la recherche de la paternité, que la loi française prohibe.

Les effets de la filiation naturelle, constatée par une reconnaissance volontaire ou forcée, sont en principe régis par la loi personnelle de l'enfant en faveur duquel ils se produisent. Cependant ceux qui, par exception, n'ont en vue que l'intérêt du père, sont du domaine exclusif de sa loi personnelle. Ainsi, tandis que l'étendue de la puissance paternelle, attribuée au père dans l'intérêt de l'enfant, le droit de ce dernier aux aliments, sont déterminés par la loi de l'enfant, la créance alimentaire du père sera mesurée par sa propre législation. D'ailleurs, la reconnaissance donnant presque toujours à l'enfant la nationalité qui était celle de son auteur au jour de l'accouchement, ils n'auront le plus souvent qu'une seule et même loi personnelle; et par suite les conflits seront très rares.

Enfants naturels légitimés. — Un Anglais, domicilié en Angleterre, est père d'un enfant naturel que nous supposons Français; il déclare reconnaître cet enfant et contracte mariage avec sa mère. Ce

mariage produira-t-il chez nous un effet de légitimation? Non, pour deux raisons : la première, c'est que la reconnaissance opérée par l'Anglais n'est pas valable, au point de vue de la loi anglaise, et que par conséquent l'enfant français, ne satisfaisant pas à la condition prescrite par l'article 331 du Code civil français, n'est pas capable d'être légitimé, d'après sa loi nationale; la seconde, c'est que son père, domicilié dans un pays qui repousse la légitimation par mariage subséquent, n'est pas davantage capable, suivant la loi de ce domicile, constitutive de son statut personnel d'après la loi anglaise, de lui en conférer le bénéfice. Dans l'espèce, le père et l'enfant sont l'un et l'autre également incapables. Il suffirait d'ailleurs, pour que la légitimation soit nulle, que l'un d'eux soit incapable, le père de légitimer, ou l'enfant d'être légitimé. Par exemple, un enfant français est né hors mariage d'un père espagnol, qui ne l'a pas reconnu. Celui-ci épouse la mère de l'enfant, et l'acte de mariage ne contient aucun aveu de paternité. Pour nous, il est certain que la légitimation ne sera pas produite, car, si le père est autorisé par la loi espagnole à l'opérer, l'enfant, qui est Français, ne peut y prétendre qu'autant qu'il a fait l'objet d'une reconnaissance qui, dans l'hypothèse, fait défaut.

Lorsque les parties jouissent toutes deux d'une capacité égale au point de vue de la légitimation, cette légitimation résulte, conformément à leur loi personnelle, du mariage contracté par le père avec la mère de l'enfant, quel que soit le lieu de la célébration, à moins que les juridictions locales n'y voient une atteinte à l'*ordre public international*. Mais, laissant de côté cette exception, nous pouvons dire qu'au regard de la loi et des tribunaux français, l'union formée par un de nos nationaux en pays étranger aura pour effet de légitimer les enfants français nés antérieurement de lui, lorsque les conditions de l'article 331 du Code civil auront été remplies, et que, réciproquement, un effet semblable sera reconnu en France au mariage d'un étranger à l'égard de ses enfants étrangers, alors même que la loi étrangère, qui admet la légitimation par mariage subséquent, ne la subordonnerait pas à la condition d'une reconnaissance antérieure.

Ne faut-il pas aller plus loin et décider que tout mariage contracté *en France*, même par des étrangers, dont la loi personnelle ne connaît pas la légitimation, légitime l'enfant étranger né de leurs relations antérieures? L'article 332 du Code civil n'est-il pas d'*ordre public international*? L'affirmative semble se dégager d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 23 novembre 1857; et cependant nous la

croyons difficile à défendre. Les enfants naturels sont nombreux en France; et, si la loi française ne les voit pas avec une faveur extrême, il faut tout au moins reconnaître qu'en organisant leur état et en leur conférant des droits importants, elle ne paraît pas considérer leur existence comme incompatible avec l'ordre social. C'est donc avant tout dans l'intérêt de l'enfant naturel lui-même qu'elle attache au mariage un effet de légitimation; les parents français peuvent l'écarter en s'abstenant de reconnaître leur enfant. Or, est-il admissible qu'une loi française, à laquelle la seule volonté de Français a la puissance de déroger, lie des ressortissants étrangers et l'emporte sur les dispositions de leur loi personnelle? L'*ordre public international* est donc hors de cause.

Le point de savoir si l'enfant peut être légitimé par rescrit du prince concerne sa capacité et dépend par conséquent toujours de sa loi personnelle. La légitimation accordée par un souverain étranger à un sujet français serait tout à fait inopérante en France, puisque le Code civil n'en a pas adopté le principe; tandis au contraire que l'enfant naturel espagnol ou italien excipera valablement sur notre territoire d'une légitimation semblable, émanée de son souverain, pourvu que cette légitimation ne blesse en rien l'*ordre public international* français; et il en serait ainsi, par exemple, de celle dont bénéficierait un enfant adultérin ou incestueux.

Enfin, la légitimation établissant entre les parents et l'enfant tout ou partie des rapports qui naissent de la filiation légitime résultant du mariage, nous régirons ces rapports par les mêmes règles que nous avons précédemment appliquées aux effets que le mariage engendre entre les époux et les enfants issus de leur union.

SECTION III. — *Enfants adoptifs.*

Un étranger adopte en France un autre étranger. Par quelle législation seront régis les conditions intrinsèques, les formes et les effets de cette adoption, en admettant que nos tribunaux la tiennent, dans tous les cas, pour juridiquement possible, ainsi que nous l'avons fait nous-même, et encore, dans l'opinion de ceux qui refusent d'une manière générale à l'étranger le droit d'adopter ou d'être adopté en France, lorsque les parties ont obtenu, par l'effet d'un traité ou d'une admission à domicile, la jouissance des *droits civils?*

La capacité de l'adoptant et celle de l'adopté doivent être déterminées par la loi personnelle de chacun; et, pour que l'adoption soit valable; il faut que ces deux capacités concourent.

Un Anglais ne pourra adopter un Espagnol ou être adopté par lui; car, si rien n'empêche ce dernier d'intervenir au contrat d'adoption, la loi anglaise, en passant l'adoption sous silence, constitue par cela même ses ressortissants incapables d'y figurer.

L'adoptant doit avoir l'âge requis par sa législation nationale; l'adopté doit avoir de même dépassé celui qu'exige la loi de son pays, et s'être muni des autorisations de *droit commun* qu'elle déclare nécessaires. L'Italien, âgé de dix-huit ans, sera valablement adopté, alors même que la loi de l'adoptant subordonnerait l'adoption à la majorité de vingt et un ans chez l'adopté. En sens inverse, il ne pourra être adopté par son père naturel, encore que la législation dont ce dernier relève, la législation prussienne par exemple, ne contienne aucune prohibition semblable à celle de la loi italienne.

Cependant la règle en vertu de laquelle la capacité respective de l'adoptant et de l'adopté est du domaine de leurs lois personnelles reçoit exception, toutes les fois que l'application de ces dernières se heurterait à l'*ordre public international français*. L'incapacité dont certaines lois allemandes et la loi espagnole frappent, au point de vue de l'adoption, les personnes engagées dans les ordres et ayant fait vœu de chasteté, demeurera sans effet en France. Ainsi encore la confirmation royale exigée en Prusse pour toute adoption conférant un nom et des armes de noblesse ne sera pas de rigueur chez nous, comme fondée sur une distinction de classes que notre droit public a répudiée.

Les formes du contrat d'adoption intervenu entre étrangers sur le territoire français seront *toujours* celles prescrites par la loi française, si les parties ressortissent à des États différents, *à leur choix* celles de la loi française, conformément à la règle *Locus regit actum,* ou celles instituées par leur loi nationale commune, si elles appartiennent à une même patrie.

Quant aux effets personnels de l'adoption, ils seront sans aucun doute gouvernés en principe par cette loi nationale commune, dans le cas où l'adoptant ou l'adopté sont citoyens du même État. Mais lorsqu'ils sont de nationalité différente, et en général l'adoption n'exerce

aucune influence sur la nationalité d'origine de l'adopté, il faut, suivant nous, appliquer de préférence, en cas de conflit, la loi personnelle de ce dernier, dont l'état juridique est plus directement atteint par l'adoption que celui de l'adoptant.

Enfin les droits que l'adopté pourra prétendre dans la succession de son père adoptif seront déterminés par la loi nationale du *de cujus*, conformément aux principes généraux qui seront développés ci-après.

Les mêmes principes nous serviront à résoudre les conflits qui naissent de l'adoption effectuée par un Français ou au profit d'un Français, en pays étranger.

L'adoptant français et l'adopté français devront être respectivement capables, l'un d'adopter, l'autre d'être adopté, aux termes de la loi française ; et cette capacité leur suffira, à moins que l'adoption ne rencontre un obstacle dans l'*ordre public international* étranger. Il est certain par exemple qu'un père naturel français ne pourra adopter un bâtard sur le sol italien, et qu'un bâtard français ne pourra y être adopté. La loi italienne prohibe l'adoption de l'enfant né hors mariage comme étant de nature à écarter ses parents de l'union qui doit le légitimer ; et M. Fiore n'hésite pas à déclarer que cette défense est d'*ordre public international :* « Lorsqu'il existe, dans le lieu où l'on veut adopter, une loi absolue et prohibitive qui empêche l'adoption de l'enfant naturel, l'étranger doit s'y conformer, quelle que soit la loi de sa patrie, *parce que cette disposition doit être considérée comme établie pour protéger la moralité publique et les bonnes mœurs, et qu'elle est obligatoire pour les citoyens et pour les étrangers*[1] ».

C'est encore par des considérations d'*ordre public international* que paraissent s'être déterminés en général les Codes qui repoussent l'adoption ; leurs auteurs ont craint que la facilité de se créer une famille légitime en dehors de tout mariage ne portât atteinte à l'institution matrimoniale elle-même. Aussi les tribunaux chargés d'appliquer ces Codes en Angleterre, aux Pays-Bas, refuseront-ils vraisemblablement de reconnaître une adoption effectuée dans leur ressort par des Français auxquels cependant leur loi nationale donne toute capacité à cet effet. Si cependant il est démontré qu'en s'abstenant de réglementer l'adoption, la loi étrangère n'a pas obéi à des vues d'intérêt général, mais que son silence s'explique parce que cette institu-

[1] Fiore, *Dr. int. pr.*, p. 271.

tion est inusitée, étrangère aux mœurs du pays, et n'a aucun caractère prohibitif, rien, en dehors des obstacles matériels qu'il pourra rencontrer, n'empêchera le Français d'intervenir en pays étranger à un contrat d'adoption.

L'adoption entre Français sera valablement opérée à l'étranger soit dans les formes locales, même par un acte sous seing privé, si la *lex loci* s'en contente, soit dans les formes exigées par la loi française, en admettant que les autorités étrangères consentent à y prêter la main ; à leur défaut, nous croyons que les représentants diplomatiques ou consulaires français auraient qualité pour recevoir un contrat d'adoption entre leurs nationaux. Le recours aux formes étrangères ne sera rigoureusement obligatoire que si l'une des parties seulement est française.

Quant aux effets de l'adoption, ils sont régis en principe par le Code civil, si l'adopté est Français, par la loi étrangère, s'il est étranger, alors même que son père adoptif serait de nationalité française.

TITRE III

De la puissance paternelle.

On désigne, sous le nom de *puissance paternelle*, l'ensemble des droits que le père et la mère sont admis à exercer sur la personne et sur les biens de leurs enfants.

Corollaire du devoir de protection, que la nature, aussi bien que la loi positive, impose aux parents dans leurs rapports avec ceux qu'ils ont mis au monde, la puissance paternelle a perdu dans les législations modernes le caractère omnipotent et despotique qui en faisait chez les Romains une institution organisée dans l'intérêt exclusif du *pater familias;* elle est aujourd'hui plutôt un droit de l'enfant qu'une prérogative du père.

D'après quelle législation faudra-t-il déterminer la nature, l'étendue et la durée des droits accordés au père sur la personne et sur les biens de son enfant, dans le cas où ces droits seraient invoqués en dehors de leur patrie commune?

La puissance paternelle, étant fondée sur le rapport de paternité et de filiation qui unit l'enfant au père, est une dépendance du droit de famille; elle doit donc être régie par la loi qui gouverne la famille elle-même; par la loi personnelle, dans la mesure où l'*ordre public international* autorise l'application de cette dernière.

S'agit-il de définir les droits du père français à l'égard de son fils également français, en pays étranger, c'est la loi française qui servira de guide. C'est elle qui désignera les personnes appelées à exercer la puissance paternelle : la mère la recueillera donc, à défaut du père, alors même que la *lex loci* en refuserait l'exercice aux femmes. C'est elle qui désignera les personnes soumises à cette puissance; les enfants naturels n'y échapperont pas hors de France. C'est elle qui précisera les événements qui mettent fin à l'autorité paternelle; la majorité de vingt et un ans en affranchira l'enfant, même dans les pays où elle survit à cet âge. Enfin, c'est encore la loi française qui spécifiera les diverses prérogatives qui y sont comprises. Cette dernière règle n'est cependant pas absolue; l'intérêt de l'État étranger lui fera parfois obstacle. Il est certain par exemple qu'un père français ne sera pas autorisé à faire emprisonner son fils par voie de correction, sur le territoire d'un État, où semblable détention n'est pas admise par la législation locale. Tout ce qui touche à la liberté individuelle et à l'emploi de la force armée est de droit public et par suite d'*ordre public international.*

Une question très débattue a été celle de savoir si le droit de jouissance légale, que l'article 384 du Code civil français attribue au père sur les biens de l'enfant mineur de dix-huit ans peut être revendiqué par lui, même sur des immeubles situés hors de France, dans un pays où l'usufruit légal n'est pas admis, en Angleterre par exemple.

L'affirmative est pour nous certaine. Il a toujours été enseigné par les auteurs, anciens et modernes, que le droit de jouissance légale dont est investi le père de famille est une récompense, qu'il est destiné à reconnaître, par une rémunération pécuniaire, les sacrifices que lui imposent la garde et l'éducation de l'enfant, la vigilance qu'il apporte à gérer et à défendre ses intérêts. L'usufruit légal est donc le complément de la puissance paternelle; et, puisque nous venons de voir que cette puissance relève de la loi personnelle, on ne comprendrait pas que le père français, admis à l'invoquer sur un territoire étranger,

pût y être privé des droits qui en facilitent l'exercice. L'accessoire se conçoit-il séparé du principal?

On hasarde une objection. L'usufruit légal, dit-on, constitue un démembrement du droit de propriété, une servitude personnelle créée par la loi. Son existence est ainsi liée au régime de la propriété, qui se confond avec l'intérêt général du pays, avec l'*ordre public international*. Dès lors, toutes les fois qu'une personne en réclame le bénéfice, il faut considérer la loi du lieu où sont situés les biens du mineur; et si cette loi repousse l'usufruit légal, ces biens demeureront affranchis de toute charge.

Il ne nous appartient pas de préjuger la solution que la justice étrangère pourrait donner au conflit; mais ce que nous avons le droit de dire, c'est que l'*ordre public international* n'est pas le moins du monde menacé par le droit de jouissance qu'un père français viendrait exercer sur les biens appartenant en Angleterre à ses enfants mineurs. Il en serait autrement, sans doute, si la loi anglaise condamnait d'une manière générale tout droit d'usufruit, comme contraire aux intérêts économiques et agricoles du pays, si elle n'admettait pas que la jouïssance d'un bien pût être isolée de la nue propriété. Mais on trouve en Angleterre des tènements viagers présentant la plus grande analogie avec l'usufruit français; et peu importe à l'État anglais que cet usufruit résulte d'une convention ou d'une loi étrangère. Que le père perçoive les revenus des biens de son fils pour le compte de ce dernier ou pour son propre compte, l'intérêt anglais est à couvert, et il n'y a aucune raison d'*ordre public international* pour soustraire l'usufruit légal au droit commun de la personnalité.

Autre hypothèse. C'est un étranger qui demande à exercer en France, sur la personne et sur les biens de son enfant, étranger comme lui, les attributs de la puissance paternelle. Aucune fin de non recevoir, nous le savons déjà, ne peut, dans notre opinion, être tirée à l'encontre de sa prétention, de sa nationalité, de la nature du droit qu'il allègue. La puissance paternelle n'est pas un *droit civil*, au sens légal du mot; elle est donc accessible même aux étrangers sur notre territoire[1], et elle l'est selon les modes reconnus et organisés par la loi étrangère dont ils relèvent. Cette loi ne pourrait être écartée que s'il était établi que l'intérêt général de l'État l'exige.

Un sujet anglais sera-t-il reçu à exercer contre son fils, également

[1] V. ci-dessus, p. 245.

Anglais, sur le sol français, le droit de détention écrit dans l'article 376 du Code civil français, mais dont la législation anglaise ne dit rien?

L'article 376 du Code civil, a-t-on dit pour l'affirmative, est une véritable loi de police, puisqu'elle autorise le recours à la force publique et le placement de l'enfant dans un lieu de détention : c'est une disposition pénale, liée au maintien des mœurs et de la discipline familiale, et devant à ce titre obliger tous ceux qui habitent le territoire français (C. civ., art. 3, § 1).

L'argument n'est pas concluant. En donnant au père de famille les moyens de coercition nécessaires pour assurer le respect de son autorité, la loi française n'a pas entendu l'investir d'une magistrature publique; les faits auxquels le droit de correction s'applique sont placés en dehors de toute action judiciaire et de toute répression pénale : ce sont des actes de désobéissance et de rébellion domestique. C'est, non pas dans un intérêt général, dans l'intérêt de l'État, mais dans l'intérêt particulier de l'enfant français, qu'il s'agit de ramener au bien et de prémunir contre ses propres égarements, que le droit de correction a été organisé par le Code civil. L'*ordre public international* ne sera donc pas lésé en France, si la désobéissance d'un enfant étranger n'entraîne pas la perte de sa liberté. C'est au législateur étranger qu'il appartient de prendre à son égard les mesures qu'il juge les plus propres à son amendement; la loi française n'a aucun titre pour s'y immiscer.

Ainsi encore nous donnerons la préférence à la loi étrangère, lorsqu'il s'agira de décider si les biens d'un enfant étranger situés en France seront grevés d'un droit de jouissance légale au profit de son père. Si cette loi repousse l'usufruit paternel, l'enfant conservera la disposition exclusive de tous ses revenus : l'*ordre public international*, même s'il s'agit d'immeubles, n'est pas intéressé à ce que le père s'enrichisse aux dépens de ceux dont les intérêts lui sont confiés. Ne serait-il pas à craindre, en effet, si la loi locale devait prévaloir, que l'amour du lucre ne portât le père à sacrifier ces intérêts au sien propre, en acquérant des immeubles pour le compte de ses enfants mineurs, loin du territoire national?

Nous avons envisagé jusqu'ici l'hypothèse la plus simple : celle où le père et l'enfant ont la même nationalité française ou étrangère. Ressortissent-ils à des patries différentes, à quelle loi personnelle faudra-t-il s'attacher pour déterminer la nature et l'étendue des droits

compris dans la puissance paternelle? à la loi du père ou à la loi de l'enfant?

La réponse n'est pas douteuse, si l'on considère que la puissance paternelle est aujourd'hui organisée partout, dans l'intérêt exclusif de l'enfant, en vue de son entretien, de son éducation, de son développement moral. C'est donc la loi de l'enfant qui doit être consultée, alors même qu'il s'agirait d'un droit qui, bien que se rattachant à la puissance paternelle proprement dite, paraîtrait surtout institué à l'avantage du père : le droit de jouissance légale, par exemple. Nous avons vu, en effet, que ce droit a pour objet de stimuler, par une récompense, le zèle et le dévouement que le père apporte dans la gestion du patrimoine de ses enfants, qu'il profite donc en définitive à ces derniers.

La question, déjà soumise une première fois à la Cour de cassation en 1873, et tranchée, contrairement à notre opinion, dans le sens de la loi du père[1], s'est représentée en 1877, et la Cour, par un nouvel arrêt du 14 mars 1877, a maintenu cette jurisprudence, en décidant que la mère française d'enfants demeurés soumis à une loi étrangère peut réclamer sur leurs biens l'usufruit légal, que cette loi ignore[2].

[1] Cass., 13 janvier 1873 (Sirey, 1873. 1. 13).
[2] Cass., 14 mars 1877 (Sirey, 1878. 1. 125).

CHAPITRE IV

CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA PERSONNE CONSIDÉRÉE DANS SES RAPPORTS AVEC LE PATRIMOINE.

Sommaire.

Les droits que comprend le patrimoine au point de vue actif, ceux qui le grèvent au point de vue passif, ne peuvent être isolés de la personne. C'est pour elle, nous ne saurions trop le répéter, c'est dans l'intérêt de son bien-être, de son développement physique et intellectuel, que la loi leur a donné l'existence. *Droits réels*, *droits personnels*, *droits intellectuels*, sont des attributs et des manifestations de la personnalité. Il est donc naturel d'étendre aux conflits internatio-

naux dont ces divers droits peuvent être la source, les règles générales que nous avons ci-dessus appliquées aux conflits concernant la personne envisagée soit en elle-même, soit dans ses rapports avec la famille dont elle fait partie. Aussi bien ces règles nous ont-elles, à maintes reprises déjà, aidé à résoudre les difficultés accessoires si nombreuses, qui naissent à propos du régime et de l'administration des biens de l'absent, des incapables, des époux et de leurs enfants.

C'est donc la doctrine de la *personnalité du droit,* tempérée par l'*ordre public international*, par la règle *Locus regit actum*, par l'*autonomie de la volonté*, dont nous allons poursuivre l'application aux divers éléments qui composent le patrimoine.

TITRE I

Droits patrimoniaux réels.

Écartons tout d'abord, pour n'y plus revenir, la distinction que les défenseurs de la théorie des statuts ont prétendu établir entre les droits réels, suivant qu'ils ont pour objet un bien mobilier ou un immeuble. Pour eux, tout immeuble est régi par la loi de sa situation, quelle que soit la nationalité de son propriétaire. Au contraire, les meubles et les droits réels dont ils sont affectés relèvent exclusivement de la loi personnelle du titulaire. *Mobilia personam sequuntur; mobilia personæ ossibus inhærent.* L'application de la *lex rei sitæ* aux immeubles se justifie dans cette doctrine par l'intérêt de la souveraineté territoriale, qui exige que tous les biens dont l'ensemble forme le sol national soient subordonnés à l'autorité locale : tous les auteurs statutaires sont d'accord pour le reconnaître. Mais le dissentiment apparaît, lorsqu'il s'agit d'expliquer pourquoi les biens mobiliers suivent une règle différente. Quelques-uns allèguent que la différence est plus apparente que réelle; que si les meubles sont régis par la loi personnelle, c'est parce que, n'ayant pas d'eux-mêmes une assiette invariable, ils doivent être réputés *situés* au lieu où le titulaire du droit a son principal établissement; en les soumettant à la loi personnelle de ce dernier, qui pour les anciens statutaires était la loi de son domicile, on leur applique donc à vrai dire, par une fiction, la *lex rei sitæ*, ainsi qu'aux immeubles : le statut qui les gouverne est un *statut réel fictif*. D'autres y voient plutôt un *statut personnel*.

Les meubles, disent-ils, n'ont pas de situation, ni réelle, ni fictive: mais ils se confondent avec la personne de leur maître; ils participent à ses déplacements; ils font corps avec elle : aussi est-il juste de ne pas les faire dépendre d'une loi différente.

Quel que soit le motif véritable dont cette distinction entre les immeubles et les biens mobiliers procède, elle a pendant longtemps été acceptée d'une manière presque générale, et aujourd'hui encore elle compte de nombreux partisans. Il faut cependant reconnaître qu'elle perd tous les jours du terrain, et que ceux mêmes qui l'admettent ont été obligés de lui apporter des exceptions importantes, tantôt en rattachant au statut personnel les dispositions relatives à la capacité exigée pour acquérir ou pour transmettre un droit immobilier, tantôt en faisant rentrer dans le statut réel celles qui concernent les objets mobiliers considérés *ut singuli*, et en appliquant à ces derniers la loi de leur situation matérielle. Même ainsi restreinte, la doctrine des auteurs statutaires nous paraît peu rationnelle. Les droits de la souveraineté territoriale sur lesquels ils basent l'application de la *lex rei sitæ* aux immeubles ne seront pas toujours compromis par l'exterritorialité attribuée à la loi étrangère. D'autre part, cette souveraineté n'est-elle pas elle-même intéressée, dans des cas fort nombreux, à ce que la loi locale l'emporte sur la loi personnelle d'un propriétaire d'objets mobiliers? Personne ne le niera. Tantôt donc la distinction proposée dépasse l'intérêt de l'État sur le territoire duquel on l'applique, tantôt elle reste en deçà. A cette distinction tout arbitraire, nous opposons une règle unique qui nous paraît de nature à répondre à toutes les objections : Tout droit réel, *mobilier ou immobilier*, est régi par la loi personnelle de son titulaire, dans la mesure où le permet l'intérêt de l'État sur le sol duquel la chose qui en fait l'objet se trouve.

Cette règle, quoi qu'on en ait dit et quoi que décide la jurisprudence, ne trouve aucune contradiction dans l'article 3, § 2 du Code civil, nous l'avons antérieurement démontré[1]. Lorsqu'il dispose que « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française », ce texte se borne à réserver les droits de l'État français, dans tous les cas où l'intérêt public, c'est-à-dire l'*ordre public international*, pourrait se trouver compromis par l'application sur notre territoire d'une loi immobilière étrangère; l'entendre d'une

[1] V. ci-dessus, p. 392.

manière plus étroite aboutirait à refuser tout effet chez nous aux lois étrangères de capacité, relatives à la disposition des immeubles, à paralyser le § 3 du texte invoqué. Le même principe gouverne la fortune mobilière des étrangers en France, et, si le Code civil ne l'a pas dit expressément, son silence s'explique, d'une part, par le peu d'importance que cette fortune avait chez nous au commencement de ce siècle, de l'autre, par cette considération que les faits juridiques qui s'y rapportent intéressent plus rarement l'État sur le sol duquel ils s'accomplissent.

Cela dit, passons à l'examen des difficultés spéciales que soulèvent la propriété, qui est le droit réel par excellence, et les divers droits qui, sous le nom de servitudes ou de sûretés réelles, la limitent ou la modifient.

Section I. — *De la propriété.*

M. Fiore formule en excellents termes les principes généraux qui gouvernent les conflits relatifs au régime et à l'exercice du droit de propriété, à son acquisition et à sa transmission : « Les lois qui se rapportent aux choses doivent se diviser en deux catégories. Quelques-unes servent à conserver le principe politique, économique et constitutionnel de l'État et l'organisation générale de la propriété; d'autres pourvoient à l'intérêt privé du propriétaire. Aucun étranger ne peut, en vertu d'actes, de contrats, de dispositions des lois, d'obligations de quelque nature qu'elles soient, déroger au droit public de l'État; mais il peut demander que les dispositions de sa loi nationale, qui régit ses intérêts privés comme propriétaire, soient appliquées aussi pour tous les biens qu'il possède en territoire étranger, pour tout ce qui ne blesse pas l'intérêt de l'État et le droit public du lieu dans lequel les choses sont situées [1]. »

Un étranger est propriétaire d'un immeuble situé en France, ou d'un objet mobilier qui s'y trouve. Est-ce sa loi personnelle, ou la loi française, qui déterminera l'étendue de son droit, en supposant que ce droit ne soit pas aussi plein dans l'une que dans l'autre? La loi française évidemment, *lex rei sitæ*, car si elle limite l'exercice du droit de propriété, ce n'est pas dans l'intérêt particulier du propriétaire, mais dans un intérêt général, par une raison d'ordre économique. Voyons plutôt : le Code civil ne reconnaît qu'une seule propriété

[1] Fiore, *Droit int. pr.*, p. 329.

consistant dans le droit absolu d'user, de jouir et de disposer de la chose; craignant que la séparation perpétuelle des attributs de la propriété entre des mains différentes ne soit préjudiciable à la culture et à l'entretien du sol, c'est-à-dire à la prospérité publique, il a repoussé la distinction du *dominium ex jure quiritium* et du *dominium in bonis*, du domaine *direct* et du domaine *utile*, que l'on retrouve encore dans quelques rares législations. Il va sans dire qu'un sujet étranger ne pourra se prévaloir, sur un bien situé en France, de cette distinction admise par sa loi personnelle. L'article 3, § 2 du Code civil s'y oppose, et, même en l'absence de ce texte, notre solution serait commandée par l'*ordre public international*, dont il n'est qu'une application.

Il faut encore décider que toutes les limitations apportées par la loi française au droit de propriété, par exemple, celles qui concernent les établissements dangereux, incommodes ou insalubres, la voirie, l'expropriation pour cause d'utilité publique, le régime de certains impôts, sont du domaine de la *lex rei sitæ*, comme inspirées par l'intérêt général.

En un mot, le droit de propriété, considéré en lui-même, abstraction faite de celui qui l'exerce et de son intérêt particulier, est toujours gouverné dans sa nature, dans son étendue, par la loi du pays où se trouve son objet, parce qu'il touche aux intérêts vitaux de l'État, à son régime économique et à son droit public.

C'est également, pour le même motif, la *lex rei sitæ* qui décidera de la nature mobilière ou immobilière de l'objet sur lequel porte le droit de propriété. Il est certains biens, réputés meubles dans tel pays, auxquels d'autres législations attribuent un caractère immobilier : ce qui a parfois une grande importance, au point de vue des droits qui peuvent les grever, et des modes suivant lesquels leur translation devra être effectuée. Le Code civil français (art. 524) met au nombre des immeubles par destination les ruches à miel, tandis que le Code hollandais (art. 563) n'y voit que des objets purement mobiliers. Nous n'hésiterons pas à dire que la ruche placée par un propriétaire hollandais sur le fonds qui lui appartient en France sera immobilisée, conformément à l'article 524, parce que cette disposition a pour but de pourvoir à l'intérêt de l'agriculture, qui est un intérêt général.

Enfin, la loi française détermine souverainement quelles sont en France les choses mises hors du commerce, et l'étranger ne pourrait

invoquer, à l'encontre de ces dispositions, celles de sa propre législation.

Arrivons aux procédés par lesquels le droit de propriété peut être acquis ou transféré sur le territoire français. Ces procédés seront-ils toujours, et exclusivement, quelle que soit la nationalité des parties, ceux que reconnaît la loi française? la loi personnelle de celles-ci reste-t-elle toujours sans application?

Tout d'abord, il est hors de doute que tout ce qui a trait à la capacité requise chez l'aliénateur d'une part, chez l'acquéreur de l'autre, est régi par leurs lois personnelles respectives, dans les limites de l'*ordre public international.*

Relativement aux modes d'acquisition, il faut faire une distinction :

Les uns sont, par leur organisation même, étrangers en principe à l'*ordre public international :* ce sont ceux qui reposent sur une convention, c'est-à-dire sur un accord de volontés autonomes; les règles applicables à la détermination et à l'interprétation de ces volontés seront exposées au titre suivant. Aucune différence ne doit être faite, à ce point de vue encore, entre meubles et immeubles.

Mais quelques Codes ont cru devoir soumettre à certaines conditions de publicité, soit à l'égard des tiers, soit même *inter partes*, l'effet translatif de la convention. En France, par exemple, tandis que la transmission d'effets mobiliers corporels est parfaite *solo consensu* (C. civ., art. 938, 1138, 1141 et 1583), toute cession d'immeubles doit être transcrite, pour pouvoir être opposée aux tiers qui auraient acquis sur le bien aliéné un droit postérieur (C. civ., art. 939; loi du 23 mars 1855). C'est dans l'intérêt du crédit public, pour assurer la sécurité des transactions immobilières, que la nécessité de la transcription a été établie; l'étranger ne peut donc s'y soustraire.

Quant aux formes de l'acte d'aliénation, elles sont régies par la *lex loci*, ou par la loi personnelle, commune aux parties. Deux étrangers feront valablement en France une vente d'immeubles par acte sous seing privé, bien que la loi dont ils relèvent subordonne sa régularité à l'intervention d'un officier public. Réciproquement, nous l'avons vu, il sera permis au Français, à l'étranger, de consentir une donation en la forme sous seing privé si la législation locale n'exige pas les formalités d'un acte authentique.

D'autres modes d'acquisition sont par eux-mêmes intimement liés à l'*ordre public international* et sont gouvernés par la *lex rei sitæ.*

Il en est ainsi, suivant l'opinion générale, de l'occupation et de la prescription.

Les travaux préparatoires du Code civil montrent bien qu'en réglementant le droit du premier occupant, le législateur de 1804 a obéi à des préoccupations d'ordre social; il lui a paru contraire à l'intérêt général, qui réclame la mise en œuvre de toutes les valeurs susceptibles d'accroître le patrimoine de l'humanité, que certains biens demeurent sans maître et par suite sans utilité. Dès lors les règles relatives à l'occupation sont d'*ordre public international* et leur bénéfice peut être invoqué en France, même par un étranger, dont la loi personnelle refuserait de reconnaître son droit sur les *res nullius*.

Le même principe doit être appliqué sans hésitation à la prescription acquisitive, soit qu'elle résulte de l'accomplissement de certain laps de temps, soit qu'elle s'opère par le seul effet de la possession, comme pour les meubles qui n'ont été ni perdus ni volés. Son but est d'assurer la stabilité de la propriété, de suppléer à la perte du titre qui la constate, et d'empêcher, par une présomption invincible, les contestations dont elle pourrait faire l'objet. La prescription repose donc sur l'intérêt de la société, dans le sein de laquelle elle étouffe un germe de discorde; et les anciens l'avaient si bien compris, qu'ils l'avaient saluée du titre de *patrona generis humani*. « L'usucapion, dit M. Laurent, est d'intérêt public, et toute loi établie dans un intérêt social domine les lois personnelles qu'on voudrait lui opposer. Qu'importe que, d'après la loi nationale de l'étranger, propriétaire d'un immeuble situé en France (*où la prescription s'accomplit quelquefois par dix ans*), le possesseur n'en pût prescrire la propriété que par un laps de trente ans? Ce n'est pas au législateur étranger de régler ce qui est le droit social en France, c'est au législateur du territoire. La loi sacrifie le droit du propriétaire au droit du possesseur, parce que le droit du possesseur se confond avec le droit de la société, qui ne pourrait exister sans la certitude et la stabilité des propriétés[1] ».

De ce que l'intérêt public se trouve à la base de la prescription, il suit que les dispositions qui la consacrent sont d'*ordre public international*. Tous les biens, mobiliers ou immobiliers, qui sont en France sont donc soumis à ce point de vue à la loi française, alors

[1] Laurent, *Dr. civ. int*, t. VIII, p. 232.

même que leur propriétaire ou leur possesseur serait de nationalité étrangère. C'est la loi française qui décide s'ils sont ou non susceptibles d'être acquis par la possession, quels doivent être les caractères et la durée de cette possession, par quels événements elle peut être interrompue ou suspendue. Par exemple, l'héritage dont un Anglais est propriétaire en France pourra être prescrit par dix ans, encore que la loi anglaise lui accorde douze ans pour revendiquer son bien. Le possesseur russe de mauvaise foi ne prescrira l'immeuble situé en France que par trente ans, conformément à la loi française, bien que la loi russe n'exige ni juste titre ni bonne foi pour la prescription décennale. L'objet mobilier appartenant à un Espagnol en France sera acquis instantanément au possesseur de bonne foi, muni d'un juste titre, encore que la loi espagnole ait conservé pour les meubles le délai de trois ans de l'usucapion romaine. Et de même le propriétaire italien d'un meuble perdu ou volé qui se trouve en France pourra le revendiquer pendant trois ans, bien que la loi italienne limite son droit à deux ans.

Cependant la facilité avec laquelle les meubles peuvent être déplacés et passer d'un pays à l'autre, fera parfois naître des difficultés.

Un objet mobilier a été acheté de bonne foi en Espagne *a non domino;* puis il est apporté en France, où son détenteur est, avant trois ans, actionné en revendication par le *verus dominus.* Le possesseur pourra-t-il opposer à ce dernier l'article 2279 du Code civil français, ou sera-t-il évincé par application de la loi espagnole, sous l'empire de laquelle sa possession a pris naissance? Nous croyons qu'il sera couvert par la prescription instantanée de la loi française; au jour où le meuble a été introduit en France, il a commencé, par une sorte d'interversion, à être possédé suivant la loi française. Et l'intérêt de l'État français exige que les droits nés de cette possession ne puissent plus être contestés.

De même un objet volé ou perdu, acheté en Italie, puis apporté en France, pourra y être revendiqué pendant trois ans, bien que la loi qui régit le territoire où il a été acquis n'autorise que pendant deux années la revendication du propriétaire dépossédé.

Une question importante et débattue est celle de savoir si les dispositions de la loi du 15 juin 1872[1], dont l'objet est de protéger les

[1] Cette loi a été modifiée, dans quelques-unes de ses dispositions, par une loi nouvelle du 8 février 1902.

propriétaires de titres au porteur perdus ou volés et de les soustraire à l'application rigoureuse des articles 2279 et 2280 du Code civil, doivent être restreintes aux valeurs françaises ou concernent même les valeurs émises à l'étranger, mais négociées en France. Le second parti semble commandé en principe par l'*ordre public international*, auquel la loi nouvelle s'est évidemment proposé de pourvoir, en prévenant les fraudes et en assurant la sécurité des négociations opérées sur notre territoire. Toutefois il faut reconnaître que, parmi les règles qu'elle édicte, il en est que leur nature même rend inapplicables aux titres au porteur de création étrangère : ce sont celles qui, envisageant le titre perdu ou volé dans ses rapports avec l'établissement débiteur, admettent, sous certaines conditions, le propriétaire dépossédé à toucher les intérêts et dividentes échus et à exiger, s'il y a lieu, le remboursement du capital lui-même (L. 1872 et 1902, art. 1 à 10; art. 15). La loi française n'a pas la puissance de garantir un établissement étranger contre les poursuites que le porteur du titre ou du coupon non payé ne manquera pas de diriger contre lui, si la législation étrangère lui en donne le droit. Comment dès lors pourrait-elle l'obliger à payer, à ses risques et périls, intérêts, dividendes et capital, au vu d'une simple autorisation émanée de nos magistrats?

S'agit-il au contraire de déterminer simplement les effets de la négociation sur notre territoire d'un titre étranger qui a été perdu ou volé, et les conditions auxquelles il pourra être revendiqué par le propriétaire dépouillé, il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer la loi de 1872. Le fait que ce titre se trouve en France, que c'est en France que sa transmission s'opère, suffit à le placer sous son empire; cela revient à dire que toute négociation de valeurs étrangères qui aurait été effectuée dans une Bourse française, au mépris d'une opposition signifiée au syndicat des agents de change et dûment insérée au *Bulletin officiel des oppositions* est dénuée d'effet au regard de l'opposant. Le silence gardé, en ce qui les concerne, par l'article 16 de la loi de 1872, où se trouvent énumérés limitativement les titres au porteur qui échappent à son application, constitue en faveur de cette solution un argument décisif.

La jurisprudence ne s'en tient pas là; elle n'hésite pas à étendre les prescriptions de la loi de 1872 aux titres au porteur français perdus ou volés qui viendraient à être négociés sur un marché étranger, et paraît dominée par cette idée, que la véritable situation de ces ti-

tres, ou tout au moins de la valeur qu'ils représentent, est, non pas au lieu où l'acquéreur en prend livraison matérielle, mais au lieu de leur émission, au siège de l'établissement débiteur, c'est-à-dire en France; dès lors, la loi française, *lex rei sitæ*, leur reste applicable : « Si les actions et obligations des sociétés sont classées dans la catégorie des meubles et régies, quant à leur transmission, par la loi du lieu où celle-ci s'opère, dit le Tribunal de la Seine, dans un jugement de 1885, il existe entre elles et les meubles corporels une différence essentielle qui a une grande importance en cas de vente; pendant que les meubles corporels sont livrés tout entiers à celui à qui l'on en fait la tradition, les autres ne le sont qu'en apparence; lorsque la propriété de l'action ou de l'obligation d'une société française est transmise à l'étranger, *la valeur ne s'y trouve que par le signe qui la représente*, puisque le capital cédé est en France dans l'établissement débiteur ».

Enfin le caractère d'*ordre public international* que l'on doit reconnaître aux dispositions de la loi de 1872 amène les tribunaux à en faire application, dans la mesure du possible, aux titres même étrangers négociés dans une Bourse étrangère, et à subordonner la régularité de cette négociation, lorsqu'ils sont appelés à en connaître, à l'absence de toute opposition formée suivant les règles établies par la loi française.

Revenons aux modes d'acquisition de la propriété. De ceux qui se rattachent à un effet direct de la loi, les uns sont dominés par l'intérêt général et relèvent nécessairement de la loi française, lorsque c'est sur notre territoire qu'ils s'exercent : par exemple l'attribution de l'alluvion au propriétaire riverain, qui n'est à vrai dire qu'une sorte d'occupation; l'attribution au propriétaire du sol des constructions qui y ont été élevées par un tiers. D'autres s'analysent en un quasi-contrat : telle est l'acquisition qui résulte de l'accession des choses mobilières. Lorsque la loi française définit les droits respectifs du spécificateur et du propriétaire de l'objet transformé, et ceux des propriétaires des denrées confondues ou mélangées, elle se propose seulement le règlement équitable de leurs intérêts particuliers, et son intervention, toute interprétative, est indépendante de l'*ordre public international*... Peu importe en effet à l'État français que la propriété du bloc de marbre changé en statue appartienne ou non à l'artiste qui a travaillé la matière d'autrui! Si donc le Code civil permet, tantôt au propriétaire de la matière de réclamer l'objet transformé, en rem-

boursant le prix de la main-d'œuvre (art. 570), tantôt à l'ouvrier et à l'artiste de le conserver, en remboursant le prix de la matière (art. 571), c'est par une sorte de quasi-contrat de vente ou de licitation, auquel devront être appliquées les règles relatives aux effets internationaux des quasi-contrats, qui seront rappelées plus loin; mais nous pouvons dès à présent dire que, si le propriétaire et l'artiste sont tous deux citoyens d'un même État étranger, c'est par la loi commune dont ils relèvent que les droits de chacun seront déterminés. Et les mêmes règles serviront à résoudre les difficultés relatives à la propriété du trésor; c'est entre l'intérêt particulier du propriétaire du sol et celui de l'inventeur que le débat s'agite; l'*ordre public international* en est absent.

SECTION II. — *Des servitudes.*

On désigne sous le nom de *servitudes* certains démembrements du droit de propriété. Les servitudes *prédiales* (*jura prædiorum*) consistent dans les charges dont un immeuble est grevé au profit d'un autre immeuble; les servitudes *personnelles* (*jura personarum*) consistent dans celles dont une personne déterminée peut recueillir le bénéfice sur une chose mobilière ou immobilière.

Servitudes prédiales. — Les principes, dont le jeu nous a permis de résoudre les conflits de lois relatifs au droit de propriété, trouvent, en matière de servitudes, une application tout aussi rationnelle; comme dans la section précédente, il importe de faire la part de la loi personnelle des parties, de l'*ordre public international*, des lois de forme, de l'*autonomie de la volonté*.

A l'*ordre public international* appartiennent, sans contestation possible, toutes les dispositions qui concernent les servitudes légales organisées dans un intérêt public : « Les servitudes légales, en effet, sont inhérentes aux fonds et dépendent de la manière d'être et de la situation de ceux-ci, ou sont établies soit dans l'intérêt de la propriété foncière, soit dans l'intérêt de l'État ou des communes; elles accompagnent, par conséquent, le fonds en quelques mains qu'il se trouve..... Elles doivent donc être régies par la loi même en vertu de laquelle elles ont été établies[1] ». Le propriétaire étranger d'un immeuble situé en France ne pourrait se soustraire aux servi-

[1] Fiore, *op. cit.*, p. 359.

tudes militaires, par exemple, en s'appuyant sur les dispositions contraires de sa législation personnelle.

Mais même les servitudes établies par le fait de l'homme n'échappent pas entièrement à l'application de la *lex rei sitæ*. Le droit de servitude en lui-même, considéré indépendamment de la personne qui a qualité pour en tirer profit et de celle qui doit en supporter la charge, se rattache au régime de la propriété foncière, que le législateur local ne peut laisser à une loi étrangère le soin d'organiser ou de démembrer. Un sujet étranger ne pourrait donc constituer en France, en faveur de son fonds, sur un fonds appartenant à un autre étranger, une servitude que la loi française ne reconnaît pas. La nature et l'étendue de la servitude sont toujours régies en France par la loi française.

En ce qui touche les modes d'acquisition et d'extinction dont elle est susceptible, il faut distinguer : Tandis que la capacité exigée chez les parties relève exclusivement de leur loi personnelle, tandis que les actes instrumentaires dont l'établissement ou l'extinction de la servitude pourrait être l'occasion seront valablement passés dans les formes usitées au lieu où ils interviennent, conformément à la règle *Locus regit actum*, la volonté des parties qui est la loi à laquelle elles se sont elles-mêmes soumises, devra être prise en grande considération, toutes les fois qu'elle ne contreviendra pas à l'*ordre public international*.

C'est donc d'après les règles qui gouvernent l'interprétation des contrats en droit international privé que devra être appréciée la validité du titre constitutif de la servitude; et au titre exprès il faut assimiler, avec l'article 692 du Code civil français, la destination du père de famille. Si le propriétaire du fonds supérieur A et celui du fonds inférieur B sont tous deux Espagnols, et qu'ils n'ont pas, par un acte formel, affirmé leur volonté de grever le fonds B au profit du fonds A, quels que soient les rapports qui aient existé entre ces deux fonds avant leur séparation, la destination du père de famille n'aura pas pour effet de créer une servitude. Les parties sont présumées s'en être tenues aux prescriptions de la loi nationale qui leur est commune et qui n'attache pas à la destination du père de famille le même effet que la loi française. Il est évident, d'ailleurs, que cette dernière a surtout été guidée, dans les articles 692 et suiv., par l'intérêt privé des propriétaires des héritages voisins; l'*ordre public international* est sauf.

On ne pourrait en dire autant des conventions intervenues entre étrangers touchant l'établissement d'une servitude réelle en France, dont il résulterait soit une prééminence du fonds dominant sur le fonds servant, soit un droit consenti non au profit d'un fonds, mais au profit d'une personne, ainsi que l'autorisent quelques législations germaniques. Ces conventions ne sauraient avoir effet sur notre territoire. Le législateur français de 1804, lorsqu'il prohibe, d'une part, toute hiérarchie foncière, jugée par lui incompatible avec l'ordre social nouveau (art. 638), lorsque, d'autre part, il exige que toute servitude soit constituée en faveur d'un fonds (art. 686), s'est avant tout proposé de défendre le droit public issu de la Révolution contre une résurrection de l'ancien régime et des droits féodaux. Les articles 638 et 686 du Code civil limitent donc en France l'autonomie des contractants étrangers.

Ainsi encore les règles que la loi française du 23 mars 1855 a posées relativement à la transcription des droits réels immobiliers leur sont applicables, alors même que leur loi personnelle les affranchirait de toute formalité de ce genre. La sécurité du crédit et des transactions est liée en France à l'observation de ces règles.

Enfin, tout ce qui concerne la prescription acquisitive d'un droit de servitude est également d'*ordre public international;* c'est en vue de prévenir des conflits périlleux pour la paix publique que la loi française la reconnaît; c'est donc à elle qu'il revient de déterminer ses conditions et son délai. Quoique la loi russe ne sanctionne par l'usucapion des servitudes, le sujet russe prescrira valablement par trente ans sur notre territoire; et le même laps de temps s'imposera au sujet anglais, encore que la loi anglaise fixe à vingt ans la durée de la prescription.

C'est aussi par un motif d'utilité générale que se justifie l'extinction de la servitude par le non-usage. La loi personnelle des parties doit donc, ici encore, s'effacer devant la loi territoriale.

Servitudes personnelles. — Nous n'avons que peu de choses à dire des difficultés internationales qui suscitent les servitudes personnelles et le droit d'usufruit en particulier. Celles qui sont relatives à la jouissance légale des père et mère ont été résolues au chapitre précédent, et il nous suffira d'appliquer à l'usufruit établi par le fait de l'homme les règles qui viennent d'être exposées pour les servitudes prédiales.

L'autonomie de la volonté est la règle, dans les limites où elle peut

se mouvoir sans compromettre l'intérêt général du pays où se trouve le bien que l'usufruit doit grever. La convention, lorsque c'est un accord entre le nu propriétaire et l'usufruitier qui le crée, le testament, lorsque c'est d'un acte de dernière volonté du propriétaire qu'il résulte, déterminera les droits et les devoirs respectifs des parties, pourvu que convention et testament émanent de personnes capables, suivant leurs lois personnelles, et soient valables en la forme. D'ailleurs il va sans dire que la liberté des parties n'est pas entière, qu'elle est bornée par l'*ordre public international.*

Comme exemple de dispositions législatives d'intérêt général, auxquelles les parties étrangères ne pourront refuser d'obéir en France, on peut citer l'article 595 du Code civil qui assure au bail consenti par l'usufruitier une durée *maxima* de neuf ans après l'expiration de son droit. C'est dans l'intérêt de la culture que le législateur n'a pas voulu que l'extinction de l'usufruit entraînât la fin du bail, comme semblent l'exiger les principes; il a craint que la précarité et l'incertitude d'un droit subordonné à la mort éventuelle du bailleur ne fût de nature à écarter les fermiers ou tout au moins à les empêcher de donner au bien affermé des soins dont ils seraient exposés à ne pas recueillir le fruit. Si donc nous supposons un bien situé en France, un nu propriétaire, un usufruitier bailleur, un preneur, tous de nationalité italienne, ce dernier ne pourra être expulsé après la fin de l'usufruit, s'il se trouve encore dans la période où la loi française le protège, alors même qu'il aurait dépassé celle de cinq ans que la loi italienne, loi commune des parties, se borne à lui garantir.

L'article 605, qui met à la charge de l'usufruitier les réparations d'entretien, a pour unique objet le règlement d'intérêts privés; les parties étrangères pourraient donc valablement y déroger par leurs conventions, en les imposant au nu propriétaire. Mais en revanche l'intérêt de l'État est lié à l'observation de l'article 608 qui constitue l'usufruitier débiteur de certaines contributions; ce dernier ne pourrait donc stipuler que le nu propriétaire en sera directement tenu envers le Trésor; mais rien ne l'empêchera de se réserver un droit de recours contre lui.

L'obligation de dresser un inventaire des objets mobiliers et un état des immeubles compris dans l'usufruit a pour objet d'empêcher les soustractions que l'usufruitier pourrait commettre au préjudice du nu propriétaire; la loi ne permet pas aux parties de s'en affranchir; étant ainsi prescrite dans l'intérêt de la morale, cette obligation est, par

cela même, d'*ordre public international.* Mais ce caractère ne se retrouve pas dans l'obligation de fournir caution qui est imposée à l'usufruitier; elle n'est motivée que par l'intérêt privé du nu propriétaire, et ce qui le prouve, c'est qu'il lui est permis d'y renoncer (art. 601).

Enfin l'obligation de faire transcrire le titre constitutif de l'usufruit immobilier est bien évidemment d'*ordre public international.*

En admettant que les parties n'aient pas exprimé, d'une manière suffisamment claire et formelle, les règles suivant lesquelles le droit d'usufruit devra être exercé, il sera nécessaire de recourir à des présomptions interprétatives de leur volonté. L'usufruit a-t-il été constitué par testament, il faudra en général consulter la loi nationale du *de cujus.* Résulte-t-il d'une convention intervenue entre deux personnes de même nationalité, c'est de la loi qui leur est commune qu'il faudra tenir compte, à moins d'un indice de volonté contraire. Lorsque le nu propriétaire et l'usufruitier appartiennent à des États différents, il paraît raisonnable de supposer qu'en gardant le silence, ils ont entendu se soumettre à la loi du pays où le contrat s'est formé. Nous aurons à revenir sur ces diverses présomptions, lorsque nous traiterons des *Droits patrimoniaux personnels.*

Si maintenant nous passons aux événements qui mettent fin à l'usufruit, il est aisé de voir que la plupart sont d'*ordre public international* et ne peuvent être écartés par la volonté des parties.

Il en est ainsi, à coup sûr, de la mort de l'usufruitier. En limitant son droit à la durée de sa vie, la loi a eu pour but d'empêcher que la jouissance ne soit à perpétuité distraite de la propriété, réduite à un droit illusoire. L'expérience prouve, en effet, que cette séparation est contraire aux intérêts de la culture et de la bonne gestion du patrimoine.

La même raison d'utilité générale explique que l'usufruit des personnes morales ne puisse se prolonger au delà de trente ans. Une personne morale étrangère, en admettant que nous lui reconnaissions une loi personnelle comme aux personnes physiques, ne serait donc pas reçue à invoquer en France le bénéfice d'une législation étrangère, qui porte à cent ans la durée de cet usufruit.

C'est encore l'intérêt public qui a fait attacher au non-usage, à la prescription acquisitive de la pleine propriété, à l'abus de jouissance, l'extinction du droit d'usufruit; ces modes s'appliquent à tous les

biens situés en France, quelles que soient la nationalité du nu propriétaire et celle de l'usufruitier.

SECTION III. — *Des sûretés réelles.*

La diversité des lois relatives au régime et à l'organisation des sûretés réelles, et en particulier des privilèges et des hypothèques, engendre en cette matière des conflits internationaux, semblables à ceux qui ont été résolus dans les deux sections précédentes; les mêmes règles leur sont applicables.

Il importe donc de déterminer avec soin, lorsqu'un étranger prétend exercer sur le territoire français un droit de privilège ou d'hypothèque, quelles sont, parmi les lois françaises, celles dont il ne peut récuser l'empire, quelles sont au contraire les dispositions de sa loi personnelle dont il sera reçu à se prévaloir.

Appartiennent sans aucun doute à l'*ordre public international* les règles qui concernent la nature des droits de préférence admis entre créanciers en France, la nature des biens que ces droits peuvent grever, la publicité que leur constitution doit recevoir, et leurs effets essentiels; ces règles intéressent au plus haut degré le régime de la propriété, le crédit public, et s'imposent à ce titre à l'observation de tous, étrangers ou nationaux, sur notre territoire.

Un Anglais ne saurait obtenir d'un autre Anglais, même par une convention passée en Angleterre, un droit de mort-gage sur un bien situé en France; les seules sûretés réelles auxquelles ce bien puisse être valablement affecté sont celles de la loi française, avec les caractères et les limites qu'elle leur assigne. De même, c'est d'après la loi française qu'il faudra juger de l'aptitude de la chose à être hypothéquée ou donnée en gage. Un objet mobilier ne pourrait être hypothéqué en France (C. civ., art. 2119), quelles que soient à cet égard les dispositions de la loi personnelle du créancier, de celle du débiteur, de celle du lieu de la convention; il n'en serait autrement que pour les navires, dans les termes où la loi de 1885 autorise leur affectation hypothécaire[1].

Ainsi encore les mesures de publicité prescrites pour la conservation des sûretés réelles en France sont d'*ordre public international* et

[1] On peut également citer comme constituant des hypothèques mobilières, exceptionnellement admises à cette heure par la loi française, le nantissement des fonds de commerce (L. 1er mars 1898) et le warrantage agricole (L. 18 juillet 1898).

obligatoires pour les étrangers. Enfin les effets de ces sûretés, quant aux droits qu'elles confèrent au créancier garanti, droit de préférence, droit de suite, quant à la manière dont ces droits seront exercés, quant au rang des créanciers en concours, quant aux voies d'exécution, sont également du domaine de la *lex rei sitæ*.

Sur tous ces points, la loi française ne peut, sans compromettre les intérêts sociaux dont elle a la garde, abdiquer devant une loi étrangère.

Quand donc cette dernière l'emportera-t-elle?

C'est la loi personnelle des parties qui mesure l'étendue de la capacité requise chez chacune d'elles pour acquérir, pour consentir ou pour transférer une sûreté réelle. C'est elle aussi qui détermine en général les causes dont cette sûreté peut naître; mais à ce point de vue l'*ordre public international* exigera souvent l'application exclusive ou combinée de la *lex rei sitæ*.

Nous avons vu que la femme mariée et les incapables de nationalité étrangère ne peuvent réclamer en France d'hypothèque légale sur les biens de leur mari ou tuteur que si elle leur est accordée par leur législation nationale, qui détermine également les créances que cette hypothèque garantira; ils n'y auraient aucun droit, si cette législation repoussait l'hypothèque légale.

Mais nous n'en dirons pas autant des privilèges, mobiliers ou immobiliers, que le législateur a attachés, dans une vue de justice ou d'humanité, à certaines créances qu'il a jugées particulièrement favorables. C'est la *lex rei sitæ* seule qui décide si l'étranger pourra ou ne pourra pas les invoquer, quelle que soit la loi qui ait présidé à la naissance de l'obligation qu'ils garantissent, et quel que soit l'État dont se réclament les parties. En effet, tandis que l'hypothèque légale, dépendance du droit de famille, n'est organisée que dans l'intérêt particulier de l'incapable ou de la femme, le privilège, quoique profitant au créancier qui en est investi, est créé avant tout dans un intérêt supérieur, pour assurer le crédit du débiteur, pour empêcher qu'il ne manque des objets les plus nécessaires à la vie, en un mot, pour encourager et faciliter certains services réclamés par l'harmonie sociale. L'étranger pourra donc s'en prévaloir en France, sur les biens appartenant à ses débiteurs, sans distinction de nationalité, alors même que sa loi personnelle ne lui conférerait aucun droit de préférence.

La solution ne sera pas différente, s'il s'agit d'une hypothèque judiciaire. L'étranger pourra exciper sur les immeubles de son débiteur, situés en France, de l'hypothèque résultant d'un jugement de condamnation prononcé à son profit par un tribunal français, alors même que la loi nationale, la loi belge ou la loi roumaine, n'attacherait aux décisions de la justice aucun effet hypothécaire. L'intérêt social veut, en effet, que les sentences émanant de nos juridictions soient obéies, et c'est pour atteindre ce but que le Code civil grève d'une hypothèque les immeubles de la partie condamnée (C. civ., art. 2123).

Quant à l'hypothèque résultant d'une convention entre les parties étrangères, elle sera valablement constituée *en France* par un acte passé soit dans les formes françaises, conformément à la règle *Locus regit actum*, soit dans les formes prescrites par la loi personnelle du créancier et du débiteur, s'ils appartiennent au même État.

L'hypothèque conventionnelle sera-t-elle produite par un contrat intervenu *en pays étranger?* L'affirmative paraît conforme aux principes; rien, en effet, n'empêche le contrat de vente ou de donation passé à l'étranger de sortir ses effets sur le sol français, et on ne voit pas pourquoi il en serait autrement de la convention d'hypothèque. Le Code civil n'a cependant pas reculé devant cette inconséquence. « Les contrats passés en pays étranger, dit l'article 2128, ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités ».

La disposition de l'article 2128 est inexplicable; les auteurs sont unanimes à réclamer son abrogation. Le législateur de 1804 paraît s'être inspiré, en l'insérant dans le Code civil, de l'ordonnance de 1629, dont l'article 121 disposait que « les contrats ou obligations reçus en royaumes et souverainetés étrangers, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en France, mais tiendront lieu de simples promesses ». Il n'a pas compris qu'il commettait là un véritable anachronisme. Dans l'ancien droit, en effet, tout acte notarié était exécutoire de plein droit, sans jugement, et emportait hypothèque; or, les officiers publics étrangers n'ayant pas qualité pour donner aux contrats reçus par eux la force exécutoire sur le sol français, il s'ensuivait nécessairement que ces contrats ne pouvaient produire en France une affectation hypothécaire. Mais aujourd'hui le principe est différent. L'hypothèque n'est pas

de plein droit liée à tout acte exécutoire en France; elle naît de la volonté des parties, de leur consentement constaté en certaines formes. Il n'est donc plus permis d'établir une solidarité quelconque entre l'effet hypothécaire et la force exécutoire, et l'on doit regretter que la loi française ait écarté en cette matière, par l'effet d'une erreur législative, l'application rationnelle de la règle *Locus regit actum*.

On a vivement discuté la question de savoir si l'article 2128 concerne les actes portant constitution d'hypothèque sur les navires, intervenus en pays étranger. La Cour d'Aix s'est prononcée, par un arrêt du 22 mai 1876[1], en faveur de l'affirmative, sans faire aucune distinction entre les navires étrangers et les navires français. La Cour de cassation et la Cour de Grenoble, au contraire, ont décidé que l'article 2128 ne vise que les immeubles, et, dans tous les cas, pas les navires étrangers [2].

Enfin M. Lyon-Caen, dans ses remarquables *Études de droit international privé maritime*, se fondant sur ce que la règle écrite dans l'article 2128 a d'excessif et de contraire au droit commun, refuse d'en faire application à l'hypothèque maritime, qui, il faut le reconnaître, n'était pas encore organisée en France, lors de sa promulgation [3]. La controverse d'ailleurs semble avoir perdu sa raison d'être, au moins en ce qui concerne les navires français, depuis la mise en vigueur de la loi du 10 juillet 1885, dont l'article 33, al. 2, dispose que « les hypothèques *consenties à l'étranger* n'ont d'effet à l'égard des tiers, comme celles consenties en France, que du jour de leur inscription sur les registres de la recette principale des douanes du port d'immatricule du navire ». Il en résulte que, dans la pensée du législateur, l'hypothèque maritime consentie en pays étranger sur un navire français est légalement existante en France et y produit ses effets, même à l'égard des tiers, pourvu qu'elle ait été inscrite.

Quoi qu'il en soit, le système consacré par l'article 2128 trouve une atténuation dans la faculté qui appartient aux Français expatriés de faire dresser hors de France l'acte de constitution d'hypothèque par le chancelier du consulat français, dans la forme authentique

[1] Sirey, 1880. 1. 257.

[2] Cass., 25 novembre 1879 (Sirey, 1880. 1. 257); Grenoble, 11 mai 1881 (*Journal du dr. int. pr.*, 1881, p. 428). V. aussi Trib. Marseille, 4 avril 1881 (*ibid.*, 1882, p. 302).

[3] *Journal du dr. int. pr.*, 1882, p. 250 et s.

établie par leur loi nationale. D'autre part, certaines conventions diplomatiques attribuent aux consuls français le droit de recevoir à l'étranger des actes intéressant, soit des Français et des étrangers, soit même des étrangers seulement. Par l'effet de ces conventions, l'acte de constitution d'hypothèque sur des immeubles situés en France peut valablement être reçu à l'étranger par nos consuls entre parties étrangères, appartenant aux États avec lesquels elles ont été conclues.

Enfin, l'article 2128 cesse d'être applicable, dans le cas où une convention y aurait dérogé dans les rapports de la France avec d'autres Puissances : la convention franco-belge du 8 juillet 1899 est formelle à ce point de vue [1]; d'autre part, l'article 22 du traité franco-sarde de 1760, étendu à toute l'Italie, et les traités franco-suisses sont également appliqués en ce sens par la jurisprudence. Il en résulte que l'hypothèque consentie par acte public en Italie, vaut sur les biens situés en France, par l'effet de la règle *Locus regit actum*.

Remarquons, d'ailleurs, pour en finir avec l'article 2128, que ce texte, étant exceptionnel, doit être rigoureusement limité au cas qu'il prévoit, c'est-à-dire à l'hypothèque conventionnelle. Nous avons admis que l'hypothèque légale de la femme étrangère, étant indépendante des stipulations de son contrat de mariage, produit ses effets en France, en quelque lieu que ce contrat ait été rédigé. De même le contrat de vente et l'acte de partage, passés en pays étranger, assurent valablement au créancier sur les biens de son débiteur situés en France, le privilège du vendeur ou du copartageant.

Quant à l'étendue de la garantie résultant de l'affectation hypothécaire, elle est en principe déterminée par la loi qui gouverne sa cause, pourvu que cette loi ne contrevienne pas à l'*ordre public international* du pays où elle est invoquée. Prenons un exemple. La loi belge (L. 1851, art. 49, 65, 66) et la loi italienne (C. civ., art. 292, 293 et 1969-4°), tout en reconnaissant à la femme mariée et à cer-

[1] Article 17 : « Les hypothèques consenties dans l'un des deux pays n'auront d'effet à l'égard des immeubles situés dans l'autre que lorsque les actes qui en contiennent la stipulation auront été rendus exécutoires par le président du tribunal civil de la situation des biens. Ce magistrat vérifie si les actes et les procurations qui en sont le complément réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus.

tains incapables un droit d'hypothèque légale, le soumettent au principe de la spécialité et limitent ses effets aux biens désignés par le contrat de mariage ou par le conseil de famille. Il est évident que cette hypothèque, invoquée en France, ne perdra pas son caractère de spécialité. L'intérêt de l'État français n'exige, à aucun point de vue, que l'incapable belge ou italien ait sur notre territoire une garantie plus efficace que celle qu'il a plu à son législateur national de lui accorder. Ce n'est que par exception, par faveur, que la loi française a admis la généralité de quelques hypothèques légales, et cette généralité, si funeste au crédit du débiteur et à l'intérêt des tiers qui peuvent traiter avec lui, ne doit être admise qu'avec une prudence extrême.

Au contraire, lorsque le Code civil grève d'une hypothèque générale les biens du débiteur condamné, ce n'est pas en vue de favoriser le créancier qui a obtenu le jugement, et qui avait négligé de stipuler une garantie conventionnelle, mais uniquement pour assurer aux décisions de la justice française leur exécution. L'intérêt public occupe ici la première place. L'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement *rendu par des magistrats français* est donc toujours générale, quelles que soient la nationalité des parties et les dispositions de leur loi personnelle.

Enfin un étranger ne saurait, par convention, stipuler sur les biens de son débiteur, situés en France, une hypothèque générale. La spécialité de l'hypothèque est liée au régime de la propriété et au crédit public; la disposition légale qui l'établit en France, sous certaines exceptions, est d'*ordre public international.*

Pour l'extinction des sûretés réelles, il faut appliquer en général la loi qui a présidé à leur naissance.

L'hypothèque légale exercée par l'incapable étranger sur le sol français, en vertu de sa loi personnelle, prendra fin, dans tous les cas où cette loi le décide, sans préjudice des causes d'extinction admises par la loi française et qui paraîtraient aux tribunaux commandées par l'*ordre public international* : ce qui est le cas pour la purge des hypothèques non inscrites (C. civ., art. 2193 et s.).

Quant aux privilèges, et aux hypothèques attachées aux jugements français, comme c'est de la loi territoriale française qu'ils procèdent, c'est à elle aussi seulement qu'il appartiendra d'y mettre fin.

Les hypothèques conventionnelles enfin s'éteindront par tous les

modes qui font disparaître l'obligation principale à laquelle elles sont jointes : à ce point de vue, la loi de l'obligation l'emportera sur celle de la situation. Mais, d'autre part, les modes d'extinction par voie principale que le Code civil a organisés dans l'intérêt général leur seront applicables : telle la prescription acquisitive de la pleine propriété de l'immeuble grevé, opérée au profit d'un tiers (C. civ., art. 2180); telle la procédure de la purge (C. civ., art. 2181).

TITRE II

Droits patrimoniaux personnels.

Le second élément constitutif du patrimoine comprend les *droits personnels* ou *droits d'obligation*, par l'effet desquels une personne, appelée débiteur, est tenue de procurer à une autre personne, au créancier, le bénéfice d'une dation, d'un fait ou d'une abstention. Créancier et débiteur peuvent être de nationalité différente; ils peuvent être étrangers au lieu où l'obligation prend naissance, au lieu où elle doit être exécutée. A quelle législation appartiendra-t-il dès lors d'en gouverner les conditions et les effets? C'est ce que nous allons rechercher sous ce titre. La première section sera consacrée à la démonstration des principes généraux qui régissent toutes les obligations; dans la seconde, nous en ferons application à celles qui naissent d'un contrat, dont l'importance est encore grande au point de vue international, du contrat de change.

Section I. — *Des droits d'obligation et de leurs sources.*

Le Code civil distingue les *obligations conventionnelles*, c'est-à-dire celles qui résultent d'un accord de volontés, d'un *contrat* (art. 1101 et s.), et les *engagements qui se forment sans convention*, c'est-à-dire ceux qui résultent soit de la loi, soit d'un fait unilatéral, licite ou illicite, de l'obligé, d'un *quasi-contrat*, d'un *délit*, d'un *quasi-délit* (art. 1370 et s.).

Obligations conventionnelles. — « Le contrat, dit l'article 1101 du Code civil, est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou

à ne pas faire quelque chose ». Il existe plusieurs espèces de contrats : les uns sont *synallagmatiques*, en ce sens qu'ils engendrent des obligations réciproques à la charge des parties : tels la vente, le louage, etc.; les autres sont *unilatéraux*, en ce sens que le créancier n'assume aucune obligation directe envers son débiteur ; il en est ainsi du mandat. Tantôt le contrat est à *titre onéreux*, comme la vente; tantôt à titre *gratuit*, comme la donation. Assure-t-il à chacune des parties certains avantages dont elles ont pu, de prime abord, mesurer l'étendue, il est *commutatif*. Leur offre-t-il seulement certaines chances de gain ou de perte, le contrat est *aléatoire*.

Un contrat n'est valable et ne donne naissance à des obligations que s'il réunit certains éléments essentiels à sa perfection. La loi française exige le consentement et la capacité de la partie qui s'oblige, un objet certain et une cause licite pour l'obligation (C. civ., art. 1108); et ces exigences, empruntées presque toutes au droit romain, se retrouvent dans la plupart des législations; mais si on est d'accord sur le principe, les applications diffèrent souvent d'une manière sensible ; et il en résulte des conflits très nombreux et très délicats ; les uns concernent la capacité des contractants ; d'autres la forme de l'acte qui constate l'accord de leurs volontés; d'autres, enfin, les effets juridiques du contrat.

La *capacité* générale ou spéciale requise chez les parties pour intervenir au contrat, en quelque lieu que ce soit, est certainement du domaine de leurs lois personnelles respectives (C. civ., art. 3, § 3). Le mineur, la femme mariée, l'interdit, de nationalité française, ne peuvent s'obliger que dans les cas et sous les conditions prévues par la loi française. Et, indépendamment de ces incapacités de droit commun, le Français est lié, même hors de nos frontières, par toutes les prohibitions que sa législation nationale a cru devoir édicter, en vue de lui interdire telle ou telle opération déterminée ; il ne saurait consentir une vente (C. civ., art. 1595) ou une donation irrévocable (C. civ., art. 1096) au profit de son conjoint, faire une libéralité entre-vifs à celui qui a géré sa tutelle, avant l'apurement des comptes de ce dernier (C. civ., art. 907), stipuler relativement à une succession non encore ouverte (C. civ., art. 1130), engager ses services à vie (C. civ., art. 1780), etc. Réciproquement, l'étranger ne peut se soustraire, même en France, aux diverses incapacités dont sa loi personnelle affecte sa condition ; elles seront valablement invoquées par lui ou contre lui, à moins que le souci de l'*ordre public international* fran-

çais n'oblige le juge à les laisser de côté. Nous n'avons pas à insister davantage sur cette règle générale, dont nos développements antérieurs présentent de nombreuses applications.

Des *formes* extérieures de l'acte qui relate l'échange des consentements, nous n'avons aussi que peu de choses à dire. Les parties contractantes ressortissent-elles au même État, elles peuvent recourir, à leur choix, soit aux formes dont la loi locale autorise l'emploi, soit à celles que leur loi personnelle commune a instituées, et, dans ce dernier cas, l'intervention de leurs agents consulaires leur permettra d'assurer à leurs conventions le bénéfice de l'authenticité. Au contraire, sont-elles de nationalité différente, la règle *Locus regit actum* cesse, en général, d'être facultative ; la *lex loci* s'impose à leur observation. Seraient donc valables en France, conformément à la loi anglaise, l'engagement civil souscrit par un Français en Angleterre, en un acte sous seing privé, sans la mention du *bon pour*, exigé par l'article 1326 du Code civil, et, conformément aux lois de la Californie, la convention *verbale* intervenue en ce pays, même entre Français, à l'effet de faire produire à une somme prêtée les intérêts d'usage, nonobstant les dispositions contraires à l'article 1907 du Code civil.

L'acte dressé en pays étranger, soit entre étrangers, soit entre Français, dans les formes locales, fait donc par lui-même en France pleine foi de ses énonciations, et la nature aussi bien que l'étendue de la force probante qui doit lui être accordée se mesurent, non pas d'après la loi française, mais d'après la loi qui a présidé à sa rédaction. Cependant les règles auxquelles le Code civil (art. 1328) subordonne la *date certaine* des actes sous seing privé, sont inspirées par l'intérêt des tiers auxquels ils peuvent être opposés, c'est-à-dire par un intérêt de crédit, par un intérêt général : nous estimons donc, quoique la question soit douteuse, qu'elles se rattachent à l'*ordre public international*, et qu'un acte sous seing privé, fait à l'étranger, n'aura date certaine en France que s'il y a satisfait.

Enfin, l'acte passé à l'étranger ne peut être régulièrement produit en France et y faire foi de son contenu, que s'il a été légalisé au préalable par le consul ou par l'agent diplomatique français et par le ministre des Affaires étrangères ; et, dans le cas où il a été rédigé en langue étrangère, il doit de plus avoir été traduit en français par un traducteur assermenté ; faute de quoi, il ne serait pas admis à la formalité de l'enregistrement.

Dans tous les cas, les autorités françaises ne pourront être requises de prêter la main à l'exécution matérielle d'une convention intervenue à l'étranger, suivant les formes étrangères, qu'en vertu d'une décision de nos tribunaux, qui seuls ont qualité pour faire appel à leur concours, et pour donner aux actes étrangers la force exécutoire sur le sol français. Suffira-t-il, pour atteindre ce résultat, que le créancier présente à l'*exequatur* le titre authentique dont il est porteur, ainsi qu'il ferait d'un jugement étranger, et qu'il fasse revêtir ce titre de la formule exécutoire par un juge ou par un tribunal français? Bien que la pratique se prononce dans le sens de l'affirmative, et qu'elle ait trouvé appui dans un traité récent[1], il nous semble préférable d'admettre qu'un acte authentique étranger n'est pas, de sa nature, susceptible d'être rendu exécutoire en France. L'article 2123 du Code civil et l'article 546 du Code de procédure civile, que la jurisprudence nous oppose, ne prouvent rien en faveur de sa thèse. De ces deux textes, l'un ne s'occupe que de l'effet hypothécaire des jugements rendus à l'étranger; l'autre parle bien à la fois des actes et des jugements rendus à l'étranger, mais il ne les confond pas dans une règle commune; pour les uns, il renvoie à l'article 2128 du Code civil, qui, déniant tout effet à la convention d'hypothèque passée en pays étranger, ne renonce à cette injustifiable rigueur que dans le cas unique où des lois politiques ou des traités y auraient dérogé, et ne suppose nullement qu'une sentence d'*exequatur* puisse lui faire échec; pour les autres, il se réfère à l'article 2123. Suit-il de là que l'acte auquel un officier public étranger a donné l'authenticité ne peut être mis à exécution sur notre territoire? En aucune matière; mais celui qui l'invoque devra saisir le tribunal du droit sur lequel il se fonde et en obtenir un jugement de condamnation, tout comme le ferait le créancier muni d'un acte sous seing privé, même passé en France; dans ce système, ce n'est pas le titre étranger qui sera mis à exécution, mais le jugement français qui aura constaté l'existence de l'obligation.

[1] Convention franco-belge du 8 juillet 1899, article 16 : « Les actes authentiques, exécutoires dans l'un des deux pays, peuvent être déclarés exécutoires dans l'autre par le président du tribunal civil de l'arrondissement où l'exécution est demandée. — Ce magistrat vérifie si les actes réunissent les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus et si les dispositions dont l'exécution est poursuivie n'ont rien de contraire à l'ordre public ou aux principes de droit public du pays où l'exequatur est requis ».

Mais avant d'exécuter le contrat, il importe de déterminer soigneusement les *effets* qu'il est susceptible de produire.

A cet égard la volonté des parties est souveraine. « Les conventions, dit l'article 1134 du Code civil, tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites ». Le législateur proclame ainsi l'*autonomie* des parties contractantes; il leur permet de régler à leur gré, dans les limites de la capacité qui leur est reconnue, de l'ordre public et des bonnes mœurs, leurs relations juridiques, de disposer de leur patrimoine, de créer des obligations. Elles peuvent adopter dans la convention, en les reproduisant une à une, toutes les règles admises par telle loi étrangère qu'il leur plait de choisir; rien même ne les empêche de s'y référer d'une manière sommaire, par un simple renvoi. En pareil cas, si la loi étrangère gouverne l'obligation qui naît du contrat, ce n'est pas comme *loi;* les parties se la sont volontairement appropriée, en l'incorporant aux stipulations intervenues entre elles; elle est devenue *convention.*

La volonté de ceux qui contractent ne s'affirme pas toujours avec une clarté suffisante; ils oublient souvent de dire à quelle loi ils ont entendu se soumettre. Et alors il devient nécessaire d'interpréter leur silence, de rechercher ce qu'ils ont voulu. C'est au juge que cette mission incombe; il est maître de puiser dans les faits de la cause les éléments de sa conviction, et son pouvoir d'appréciation est souverain. Toutefois, lorsque les circonstances dans lesquelles le contrat a été passé ne fournissent aucune indication précise et certaine sur les intentions vraisemblables des parties, il fera bien, croyons-nous, de se guider d'après les présomptions suivantes :

a) Le créancier et le débiteur sont-ils tous deux citoyens du même État et ont-ils tous deux une même loi personnelle, c'est à cette dernière, dont ils connaissent le mieux les dispositions, qu'ils doivent être présumés, sauf manifestation contraire, avoir donné la préférence; c'est par elle qu'ils ont très probablement voulu déterminer la nature, les conditions essentielles et les effets de leur convention, dans les limites de l'*ordre public international* : « *Si inter duos celebratur, verbi gratia, pactum, et uterque paciscens sit externus et unius civitatis civis, dubitandum non est a talibus secundum leges patriæ factum in patria valere*[1] ». Néanmoins, si les parties ont depuis longtemps quitté le sol de leur patrie et fixé leur domicile et le

[1] Hertius, *De collisione legum,* n° 10.

siège de leurs affaires en pays étranger, s'il est établi qu'elles sont plus au courant des lois de ce pays que de leur législation nationale, le juge pourra tenir compte de cette circonstance et appliquer au contrat la *lex domicilii.*

b) Mais si les contractants appartiennent à des nationalités et obéissent à des lois différentes, si elles n'ont pas leur domicile dans un même pays, le critérium auquel nous venons de nous attacher fait défaut. Dès lors à quelle législation regardera-t-on pour déterminer les éléments substantiels et les effets juridiques de la convention?

Les auteurs et la jurisprudence ne sont pas d'accord sur la solution que la difficulté comporte. Les uns appliquent volontiers la loi de la situation, lorsque le contrat a des biens immobiliers pour objet; mais il y a là, nous le savons déjà, une exagération de ce que l'on appelle le statut réel. Sans doute la volonté des parties n'a pas la puissance de porter atteinte au régime de la propriété, en pays étranger, mais dès qu'elle le respecte et, avec lui, l'*ordre public international*, elle s'exerce librement, et l'assiette des biens, peut-être très éloignés de la patrie et du domicile des parties, peut-être situés sur un territoire qu'elles n'ont jamais visité et dont la législation leur est inconnue, ne peut le plus souvent servir à l'interprétation de cette volonté.

D'autres enseignent qu'il faut considérer la loi personnelle du débiteur : « C'est l'obligation passive, affirme Demante, qui modifie vraiment l'état de la personne en restreignant la liberté naturelle; c'est donc la loi de l'obligé qui doit régir cette modification[1]. » Cette décision, dit-on, est évidemment conforme à l'intérêt du débiteur, or « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation » (C. civ., art. 1162). Nous répondrons que rien ne prouve que le créancier ait entendu se soumettre à la loi de celui qui s'engage envers lui; leur situation est égale dans le contrat qui les lie; ils y débattent presque toujours un même titre et avec une indépendance égale leurs intérêts rivaux; pourquoi supposer qu'ils ont voulu donner la préférence à la loi de l'un sur celle de l'autre? D'ailleurs, dans un contrat synallagmatique, la qualité de créancier et celle de débiteur se trouvent réunies sur la même tête. Le vendeur est débiteur de la chose vendue et créancier du prix; l'acheteur créancier de la chose et débiteur du prix. Faudra-t-il appliquer concurremment les lois personnelles de chacun, décla-

[1] Demante, *Cours élémentaire de Code civil*, t. I, p. 50 et 51.

rer nul le contrat qui n'aurait pas satisfait en même temps aux exigences de l'une et de l'autre? Mais on irait manifestement, sous prétexte d'interprétation contre la volonté des parties, en présumant qu'elles ont entendu se référer, pour le même acte, à deux législations qui se contredisent et qui s'excluent. Une opération juridique, qui est une, ne peut être régie que par une loi unique, comme la volonté même qui l'engendre.

On a soutenu que cette loi unique ne peut être que celle du lieu où l'obligation née du contrat doit être accomplie, la loi du lieu de l'exécution (*lex loci solutionis*). C'est en ce lieu, a-t-on dit, que se trouve le véritable siège de l'obligation : c'est là que ses effets se réalisent; il est donc infiniment probable que l'attention des contractants s'est portée sur la législation qui y est en vigueur; elle forme le terrain commun et neutre sur lequel leurs volontés se sont rencontrées. Et l'on invoque à l'appui de cette thèse l'autorité de la tradition romaine, telle qu'elle se dégage notamment de la L. 21, *De oblig. et act.* au Digeste (XLIV, 7) : *Contraxisse unus quisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit.*

Mais ce texte est loin d'avoir la signification qu'on lui prête; il résout une question de compétence judiciaire, en attribuant juridiction pour connaître des litiges soulevés par l'exécution d'une obligation au tribunal du lieu où cette exécution peut être demandée; il ne désigne nullement la loi qui devra servir à l'interprétation du contrat. D'ailleurs est-il vraisemblable que les parties aient songé à prendre la loi du lieu de l'exécution pour base unique de leurs conventions? Cette loi leur sera presque toujours inconnue, au jour où leurs volontés s'accorderont; et souvent les moyens d'en interroger les prescriptions leur feront défaut. On comprend, nous le verrons tout à l'heure, qu'elles soient présumées s'en être rapportées à elle pour la solution de certaines difficultés relatives à l'exécution proprement dite du contrat; mais en ce qui concerne la formation de ce contrat, sa substance, ses effets juridiques, il est infiniment plus probable que les contractants ont consulté la loi du lieu où la convention a été passée et que c'est à elle, puisque l'acte ne contredit pas cette présomption, qu'ils se sont tacitement référés; cette loi est en quelque sorte leur loi commune, à l'instant où ils échangent les consentements d'où l'obligation doit naître, et rien ne les empêche de prendre connaissance de ses dispositions.

Nous nous prononçons donc, par interprétation de la volonté des

parties, et sous quelques restrictions qui trouveront leur place ci-après, pour la *lex loci contractus*.

Cette règle, qui réalise tous les jours de nouveaux progrès dans la doctrine et dans la jurisprudence, et à laquelle l'article 1159 du Code civil[1], quoique étranger aux relations internationales, fournit en France un argument d'analogie dont il est impossible de méconnaître la valeur, n'est pas toujours d'une application facile.

Une première difficulté se présente, lorsque la perfection du contrat est subordonnée à des conditions qui peuvent être accomplies en des endroits différents : telle est la transaction consentie par le tuteur au nom de son pupille, qui est soumise par l'article 467 du Code civil français à l'homologation de la justice. En admettant qu'un acte de cette nature soit intervenu à l'étranger entre un tuteur français et un tiers de nationalité étrangère, est-ce la loi du pays où l'accord s'est fait, ou la loi française, loi du tribunal qui l'a sanctionné, qui devra être considérée comme la *lex loci contractus*, et qui devra servir à l'interpréter ? On a prétendu que, le contrat n'acquérant sa perfection que par l'homologation judiciaire, c'est au lieu où cette homologation est donnée qu'il se forme en réalité, et qu'il doit en conséquence en suivre la loi. Mais ce point de vue est inexact. L'homologation ne crée pas le contrat; elle se borne à le consacrer. C'est le tuteur qui a traité; c'est lui qui a discuté les clauses de la transaction; c'est sa volonté qui s'est rencontrée avec celle de l'étranger; et la loi du pays où se réalisera plus tard la formalité de l'homologation ne peut exercer aucune influence sur leur interprétation.

Que décider, lorsque le contrat n'est pas intervenu entre personnes présentes en un lieu déterminé, lorsqu'il s'est formé par correspondance ou par mandataire?

Un Français habitant Paris propose par lettre à un Allemand de Berlin, de lui prêter une somme d'argent. Celui-ci souscrit à ses conditions et lui en donne avis. Est-ce d'après la loi française, loi du pays de l'offre, ou d'après la loi allemande, loi du pays de l'acceptation, qu'il faudra interpréter le contrat? En d'autres termes, est-ce à Paris ou à Berlin que ce contrat s'est fait? Les auteurs sont très divisés sur ce point.

[1] C. civ., art. 1159 : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. »

C'est au lieu où l'offre a été faite, et où l'acceptation est parvenue, que le contrat s'est formé, dit-on dans un premier système. De même que l'offre n'oblige le pollicitant que lorsque celui auquel elle s'adresse en a eu connaissance, de même aussi l'acceptation ne lie celui de qui elle émane qu'autant que l'autre partie en a été régulièrement informée. Entre présents, la convention suppose, d'une part l'offre *entendue* par la personne à qui elle est faite, de l'autre l'acceptation *entendue* par le pollicitant; alors seulement il y a concours de volontés. Pourquoi les choses se passeraient-elles autrement, lorsque le contrat se fait par correspondance, entre absents? La lettre arrivée à son adresse remplace l'audition. En recevant celle qui lui transmet l'offre, l'acceptant est réputé entendre le pollicitant; en recevant l'avis de l'acceptation, ce dernier est censé entendre l'acceptant lui-même; mais tant que cet avis ne lui est pas parvenu, les volontés ne se sont pas rencontrées, il n'y a pas de contrat. Il suit de là que c'est au lieu où le pollicitant a connu l'acceptation, c'est-à-dire ordinairement au lieu d'où l'offre est partie, que le contrat s'est formé, que l'obligation est née. On ajoute que rien n'est plus raisonnable que d'appliquer au contrat, par interprétation de la volonté des parties, la loi du lieu de l'offre. En effet, c'est celui qui propose l'affaire, dans notre espèce l'habitant de Paris, qui en fixe les conditions, et il les fixe, non pas en se référant à la loi allemande qu'il n'a aucune raison pour connaître, mais à sa loi personnelle, à la loi française; l'acceptant se borne à subir ces conditions, telles qu'elles lui sont faites; et par son acceptation, il se soumet à la loi dont le pollicitant relève.

Ces raisons ne nous ont pas convaincu. Le concours de volontés, le *duorum pluriumve in unum placitum consensus*, indispensable à la formation du contrat, se réalise, au moment et au lieu où l'offre vient à être acceptée. C'est à Berlin que, dans notre hypothèse, le sujet allemand a adhéré à la proposition dont la poste lui avait transmis l'expression; c'est là que les deux volontés se sont accordées, et cet accord n'a pas attendu pour se produire que la notification en ait été donnée au prêteur.

Il n'y a aucune analogie à établir entre la notification de l'offre et celle de l'acceptation. L'une est, en fait, la condition *sine qua non* du contrat, nul ne pouvant évidemment souscrire à une proposition qu'il ignore; l'autre est absolument étrangère à sa perfection. C'est le consentement des parties, c'est-à-dire la rencontre de leurs volontés sur un objet déterminé, qui donne naissance à l'obligation, et non pas

l'avis écrit que le pollicitant en recevra par la suite; dès lors, il n'y a pas de raison juridique pour placer au lieu où parviendra cet avis, le siège du contrat.

Dira-t-on que, par cela seul qu'il adhère à l'offre qui lui est faite, l'acceptant reconnaît, comme loi du contrat, la loi de celui qui en a pris l'initiative? Mais n'est-il pas au contraire plus vraisemblable qu'avant de consentir, il ait interrogé les dispositions de sa loi personnelle, la seule qui soit véritablement à sa portée, et apprécié, d'après elle, les conditions qui lui sont proposées? Il est rare, d'ailleurs, que l'acceptation emporte soumission sans réserves à ces dernières; elle n'exclut pas la discussion, et elle est souvent subordonnée à des changements que le pollicitant doit accepter à son tour. En ce qui les concerne, les adversaires de notre opinion seront donc tenus, s'ils ont quelque souci de la logique, de donner la préférence à la loi de celle des parties de qui ils émanent, à la loi de l'acceptant, et de placer ainsi le contrat sous l'empire de deux lois différentes. Ces raisons nous paraissent décisives[1].

Prenons une autre hypothèse. Un commerçant de Paris charge un mandataire, un commis-voyageur, de traiter avec une maison de commerce belge. C'est en Belgique, au lieu où le mandataire s'acquitte de sa mission, et non à Paris, domicile du mandant, que le contrat intervient : en effet, le mandant se confond avec le mandataire chargé de parler en son nom; c'est donc sur le sol belge que les consentements ont été échangés, et, conformément à la règle qui a été posée ci-dessus, la loi belge est seule applicable au contrat.

En serait-il autrement, si le mandataire avait outrepassé son mandat? Dans ce cas, ce qu'il a fait est nul et ne deviendra valable que par la ratification du mandant; on pourrait donc être tenté d'en conclure que c'est au lieu où cette ratification sera donnée, c'est-à-dire à Paris, que l'accord se produit, et que, par conséquent, c'est la loi française qui est la loi du lieu du contrat et qui doit servir à l'interpréter. Pareille conclusion serait erronée. La ratification, en effet, équivaut au mandat. Celui qui l'effectue est rétroactivement réputé avoir autorisé l'opération faite en son nom, et avoir été présent, en la personne de son mandataire, au lieu où elle est intervenue.

C'est donc d'après la *lex loci contractus* que doivent être appréciés

[1] La pratique paraît se dessiner en France dans le sens de notre opinion.

les conditions de validité intrinsèque et les effets de la convention, lorsque les parties n'ont pas formellement exprimé une volonté contraire. Toutefois cette règle n'est pas absolue.

Il est évident, tout d'abord, qu'elle suppose que le lieu où le contrat a été passé relève d'une législation qui puisse être appliquée à ce dernier. Est-il intervenu entre parties de nationalité différente, soit en pleine mer, soit sur un territoire non encore occupé, et par suite n'ayant ni souverain ni loi, on doit présumer que les contractants ont eu en vue la *lex loci solutionis*, puisque la *lex loci contractus* fait défaut.

D'autre part, le contrat, même valable suivant la loi qui a présidé à sa formation, ne peut jamais être invoqué dans un pays où il compromettrait l'*ordre public international;* la volonté de l'homme, pas plus que la loi étrangère qui gouverne son état et sa capacité, ne saurait faire brèche aux lois qui y protègent la société et les mœurs (C. civ., art. 6).

Ainsi, pour nous borner à quelques exemples, la convention par laquelle un homme a été acquis comme esclave dans un État esclavagiste sera dépourvue chez nous de toute valeur. Il en serait de même d'un pacte sur succession future, que notre législation condamne comme impliquant un *votum mortis* immoral (C. civ., art. 791 et 1130), et aussi, rappelons-le en passant, de tout pacte qui serait de nature à compromettre le régime de la propriété foncière en France. Ainsi encore la stipulation d'un pacte commissoire dans un contrat de nantissement, quoique licite suivant la loi du pays où elle est intervenue, ne produira aucun effet en France, puisque c'est dans un intérêt général que la loi française la prohibe (C. civ., art. 2078 et 2088); et c'est avec raison, suivant nous, que la jurisprudence décide que le Français ne peut être actionné devant nos tribunaux en paiement de billets d'une loterie étrangère, dont l'introduction en France est interdite, alors même que l'obligation aurait été contractée dans un pays où elle est pleinement licite. La même raison d'*ordre public international* conduit à permettre au débiteur poursuivi en France à raison d'une dette de jeu, née dans un pays qui en reconnaît la validité et qui la sanctionne par une action, de se prévaloir de l'exception de jeu, dans les cas où la loi française lui en accorde le bénéfice (C. civ., art. 1965 et 1966; aj. la loi du 8 avril 1885). Et dans un autre ordre d'idées, personne ne soutiendra que la convention ayant pour objet de favoriser la contrebande en France doive

produire chez nous ses effets juridiques, quand même la *lex loci contractus* verrait dans une convention de cette nature une opération parfaitement régulière. L'intérêt de l'État français est ici directement en cause. Nous irons même plus loin, et nous refuserons toute efficacité en France au contrat dont l'objet est de faire fraude à la législation douanière d'un autre pays. La fraude est toujours immorale, et une Puissance ne saurait sans déshonneur y prêter la main, même s'il devait en résulter pour elle et pour ses nationaux quelque avantage matériel.

Enfin, nous inclinons à croire que le tribunal français, duquel l'exécution d'une obligation *civile* productive d'intérêts est requise, doit repousser toute demande d'intérêts supérieurs au taux légal de 5 0/0 (L. du 3 septembre 1807, art. 1er; L. du 19 décembre 1850), encore qu'aucune loi répressive de l'usure n'existe au lieu où le contrat a été passé. On objecte, il est vrai, à cette solution que les lois qui limitent le taux de l'intérêt procèdent de considérations propres à l'État qui les a mises en vigueur et subissent l'influence de sa situation économique, de l'abondance ou de la rareté des garanties que l'emprunteur peut offrir et du parti qu'il saura tirer des sommes mises à sa disposition; que dès lors ces lois n'ont pas le caractère des lois d'*ordre public international* et ne doivent s'appliquer qu'aux contrats passés sous leur empire. « En cette matière, affirme la Cour de Bastia, dans son arrêt du 19 mars 1866, la loi ne peut avoir que le caractère d'un règlement spécial, dont les dispositions varient selon les lieux et les circonstances et ne s'élèvent jamais à la hauteur de ces principes de morale absolue devant lesquels toutes les nations civilisées s'inclinent avec respect [1] ». Loin de nous la pensée de méconnaître l'importance des objections économiques que soulève la limitation du taux de l'intérêt; en législation elles sont décisives; mais, tant qu'elles n'auront pas amené, dans notre pays, l'abrogation complète et définitive des prohibitions écrites dans les lois de 1807 et de 1850, il ne nous est pas permis de soustraire à leur application les contrats même passés entre étrangers hors de France; l'usure est un délit réprimé par la loi; or, nous l'avons vu, toute loi ayant un caractère pénal est d'*ordre public international*. En vain opposerait-on à la loi française, la loi française elle-même, qui ne limite pas en Algérie le taux de l'intérêt, et voudrait-on conclure de cette disposition particulière que l'*ordre public*

[1] Sirey, 1866. 2. 255.

international est étranger aux règles restrictives édictées par la législation métropolitaine. Nous aurons réduit l'argument à sa juste valeur, lorsque nous aurons rappelé que dès avant la loi de 1884, le divorce était permis aux indigènes de nos possessions algériennes, dans les cas et sous les conditions prévus par le statut personnel, et cependant tout le monde était d'accord pour refuser aux étrangers la faculté d'obtenir en France la dissolution de leur mariage, en se conformant aux lois de leur pays. Ce rapprochement est significatif.

Si l'*ordre public international* restreint, comme nous venons de le voir, l'application de la *lex loci contractus* aux obligations nées d'une convention, il faut encore, par une interprétation rationnelle de la volonté des parties, en excepter tout ce qui a trait à l'exécution du contrat. N'est-il pas naturel, en effet, que les contractants aient voulu soumettre cette exécution à la législation du lieu où elle peut être demandée et qui sans doute a mieux qualité que toute autre pour trancher les difficultés, souvent imprévues au jour du contrat, que soulèvera l'accomplissement de l'obligation ?

Il est donc très important, lorsque le lieu où l'obligation doit être exécutée est différent de celui où le contrat a été passé, et relève d'une autre législation, de rechercher ce qui doit être régi par cette dernière.

Il faut, croyons-nous, rattacher à l'exécution de l'obligation et par suite déterminer par la loi du pays où elle aura lieu, soit en vertu d'une clause du contrat, soit en vertu de la loi qui a présidé à sa formation [1], les règles qui sont relatives à la délivrance et à la réception de l'objet dû, au mode dans lequel le paiement pourra se faire, aux espèces dans lesquelles il devra être effectué, aux offres réelles et à la consignation, à l'obligation de donner quittance, à la demeure du débiteur, aux intérêts moratoires, et aux dommages-intérêts qu'il doit en cas de retard ou d'inexécution.

La part ainsi faite aux exceptions, rentrons dans la règle.

C'est la *lex loci contractus* qui, selon nous, mesurera l'étendue de l'obligation dont le débiteur est tenu, qui déterminera le caractère civil ou naturel de cette obligation, qui décidera si elle est soumise à une condition suspensive ou résolutoire, expresse ou tacite, si le contrat

[1] V. les articles 1247 et 1609 du Code civil.

qui lui a donné naissance est annulable pour erreur, violence ou dol ou rescindable pour cause de lésion, si son objet est indivisible, s'il existe un lien de solidarité entre les divers obligés ; c'est elle aussi qui fixera, en l'absence d'une stipulation formelle, le taux des intérêts dont l'obligation sera productive, pourvu que ce taux n'excède pas le maximum établi par la *lex fori*.

Enfin la *lex loci contractus* doit encore être consultée, pour savoir quels sont les modes d'extinction que l'obligation comporte.

Toutefois l'application de cette règle à la prescription libératoire soulève, dans la doctrine et dans la jurisprudence, les plus vives controverses.

Plusieurs systèmes ont été proposés.

Les uns veulent faire dépendre les conditions et le délai de la prescription de la loi du domicile du créancier; en effet, disent-ils la créance, comme tout objet mobilier, est attachée à la personne de son propriétaire et doit être réputée située au lieu où ce dernier a son domicile[1].

D'autres ramènent la prescription, ou bien à la loi du domicile du débiteur[2], ou bien à la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée, ou bien à la loi du tribunal saisi[3]. Et à vrai dire ces trois opinions se confondent souvent au point de n'en faire qu'une seule, puisque, d'une part, c'est ordinairement au domicile du débiteur que l'obligation doit être exécutée (C. civ., art. 1247), et que, de l'autre, c'est le tribunal de ce domicile qui, de droit commun, aura *généralement* compétence pour connaître des contestations auxquelles elle donnera lieu (C. proc. civ., art. 59. V. cep. C. civ., art. 14 et 111).

Enfin un dernier système, admis par un très grand nombre d'auteurs, se prononce pour la loi qui a présidé à la naissance de l'obligation, c'est-à-dire presque toujours pour la *lex loci contractus*. En ce sens, on fait observer que ce serait enlever aux conventions toute stabilité que de faire dépendre le délai de la prescription du domicile du créancier ou de celui du débiteur, domicile qu'ils sont maîtres de changer, et de soumettre ainsi au bon plaisir de l'une des parties les droits qui appartiennent à l'autre; que la loi du lieu de l'exécution ne peut convenir à la prescription, qui ne touche pas à l'exécution de l'obligation, mais à son existence; enfin que la prescription ne saurait da-

[1] Pothier, *Traité de la prescription*, n° 251.
[2] Cass., 13 janvier 1869 (Sirey, 1869. 1. 49); 19 mai 1884 (D. P. 1884. 1. 287).
[3] La jurisprudence anglo-américaine est en ce sens.

vantage être assimilée à un moyen de procédure, relevant à ce titre de la *lex fori*, puisqu'elle met en jeu le droit lui-même. Le délai de la prescription, dit-on, limite le droit du créancier à une période déterminée : il est donc essentiel qu'au moment même où ce droit naît, le laps de temps dont l'accomplissement entraînera son extinction soit lui-même fixé. Il n'est guère admissible que les parties n'y aient pas songé, et, puisqu'elles n'ont pas fait connaître leur volonté, l'interprétation de leurs intentions probables conduit à dire que c'est à la loi du contrat qu'elles ont voulu soumettre la prescription libératoire des obligations qu'il engendre.

Ce système a nos préférences : cependant nous ne l'acceptons pas d'une manière absolue. Si le législateur a restreint à une durée plus ou moins longue l'exercice de certaines créances, c'est dans un intérêt général, c'est pour rendre impossibles des contestations nombreuses qui n'attendraient pour se produire que la disparition des preuves contraires. Aussi, l'*ordre public international* nous paraît-il exiger que le délai de la prescription applicable à l'obligation que gouverne une loi étrangère, ne soit jamais supérieur au délai admis par la *lex fori ;* si au contraire ce délai est inférieur, rien n'empêchera d'appliquer simplement la loi étrangère.

Engagements qui se forment sans convention. — Il est des obligations qui ne naissent pas d'un accord de volontés intervenu entre le créancier et le débiteur, mais que la loi fait dériver d'un fait unilatéral de l'homme. Tantôt ce fait est licite, et constitue un *quasi-contrat :* tel celui qui résulte de la gestion d'affaires ou du paiement de l'indû. Tantôt le fait générateur de l'obligation est illicite ; il constitue alors un *délit* ou un *quasi-délit*, suivant qu'il implique ou non la volonté de nuire.

Il paraît difficile d'appliquer aux obligations non contractuelles les règles que nous venons de poser pour celles qui procèdent d'une convention. Le fait qui les engendre ne suppose pas un concours de consentements. Si la volonté de celui qui l'accomplit s'y rencontre, celle du créancier est absente ; aussi toute présomption interprétative de cette dernière manquerait-elle nécessairement de base.

Cependant nous croyons que l'analogie que le législateur a établie entre les contrats et les quasi-contrats, analogie qui se révèle jusque dans les mots, permet de régir les engagements formés *quasi ex contractu* par les mêmes principes que les obligations conventionnelles.

Le quasi-contrat n'est autre chose qu'un contrat présumé; la loi, en déterminant ses effets, se borne à suppléer à l'accord des parties; elle décide ce que celles-ci auraient elles-mêmes vraisemblablement décidé, si elles l'avaient pu. Il y a donc, comme le dit M. Laurent, un *quasi-concours de volonté*[1].

Prenons par exemple la gestion d'affaires; elle présente la plus grande affinité avec le mandat. « Le gérant d'affaires, lisons-nous dans l'article 1372 du Code civil, se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire ». Si le maître et le gérant d'affaires appartiennent tous deux à la même patrie et ont une même loi personnelle, il est naturel de soumettre à cette dernière l'obligation née du quasi-contrat, aussi bien dans son exécution que dans sa formation et dans la détermination de ses effets. N'en aurait-il pas été ainsi d'un véritable mandat, à défaut d'une convention contraire? Au contraire, le créancier et le débiteur *quasi ex contractu* sont-ils citoyens de deux États différents, il faut appliquer, suivant la distinction qui a été proposée ci-dessus, pour les obligations contractuelles, tantôt la loi du lieu où l'engagement est né, tantôt celle du lieu où il doit être exécuté, toujours sous la réserve de l'*ordre public international*. Et la même règle servira à résoudre les conflits qui peuvent s'élever à propos du quasi-contrat de répétition de l'indû.

L'obligation résulte-t-elle d'un délit ou d'un quasi-délit, c'est-à-dire d'un fait dommageable à autrui; l'*ordre public international* imposera le plus souvent l'application de la loi du pays où ce fait a été commis. La société est en effet intéressée à ce que les droits légitimes de chacun soient protégés contre la mauvaise foi et la violence; la paix publique est à ce prix. L'article 1382 du Code civil fait partie de ces lois de police et de sûreté auxquelles les étrangers eux-mêmes doivent l'obéissance sur le territoire français (C. civ., art. 3, § 1). Il suit de là que tout délit ou quasi-délit accompli en France et auquel la loi française attache un effet d'obligation, sera valablement invoqué devant les tribunaux français, quelles que soient les nationalités et les législations respectives des plaideurs. Que si le fait allégué s'est passé hors de nos frontières, l'*ordre public international* français étant à l'abri de toute atteinte, il faut revenir aux principes qui ont été ci-dessus établis; et nos tribunaux, en admettant qu'ils

[1] Laurent, *op. cit.*, t. VIII, p. 9.

soient compétents pour connaître de la contestation, devront tenir compte, ou bien de la loi personnelle commune au créancier et au débiteur, ou bien, si les parties ne ressortissent pas au même État, de la loi du pays où s'est produit le fait générateur de l'obligation; peu importe que la *lex fori* ne fasse résulter de ce fait aucune obligation à la charge du défendeur. Ces principes reçoivent leur application notamment en matière d'abordage.

SECTION II. — *Du contrat et de la lettre de change.*

L'application minutieuse des règles générales qui viennent d'être exposées aux différents actes juridiques, qui sont prévus et réglementés par la loi positive, ne présenterait qu'un intérêt limité, à cause des inévitables redites auxquelles elle nous condamnerait. Aussi nous contenterons-nous de les transporter dans une matière qui, par son caractère cosmopolite, est destinée à susciter les conflits internationaux les plus fréquents, la matière du *change*.

Un habitant de Dijon, Primus, a besoin à un moment donné, à Paris, d'une somme d'argent, destinée à y solder des acquisitions. Le moyen le plus naturel qui s'offre à lui pour sortir d'embarras serait de faire expédier directement du numéraire à Paris; mais les frais de cet envoi sont élevés; d'autre part, l'argent peut se perdre en route. Que fera Primus pour se soustraire à ces débours et à ces risques? Il ira trouver son banquier, Secundus, et l'invitera, en échange de valeurs, de marchandises, ou même d'une simple promesse, à prendre l'engagement de lui procurer à Paris, à l'époque indiquée, la somme qui lui est nécessaire. Secundus souscrit à cet engagement et se trouve ainsi obligé envers Primus : l'opération qui a donné naissance à cette obligation, c'est ce qu'on nomme le *contrat de change*.

Comment s'exécutera ce contrat? Comment se réalisera l'obligation du banquier? Tantôt par un transport effectif de numéraire opéré par ses soins, tantôt, et c'est là le procédé usuel, au moyen d'une *lettre de change*.

Secundus écrit à Tertius, son correspondant de Paris, de payer à Primus ou *à son ordre* la somme convenue, et cette lettre, remise à Primus, porte le nom de *lettre de change*. Secundus, qui la met en circulation, c'est le *tireur;* Tertius, qui la paiera, s'il l'accepte, c'est le *tiré;* enfin Primus qui doit, soit par lui-même, soit par ses

ayants-droit, recueillir le bénéfice de l'opération, c'est le *preneur*.

Le preneur n'est pas tenu de conserver la lettre de change jusqu'à ce qu'elle vienne à échéance; elle constitue pour lui un véritable titre de créance qu'il est maître de céder et d'échanger ainsi contre de l'argent comptant; mais, comme l'intérêt du crédit exige que ce titre puisse passer de main en main avec une facilité très grande, sa cession est affranchie par la loi française des formalités auxquelles sont sujettes les cessions de créances ordinaires (C. civ., art. 1690); elle résulte d'un *endossement*, c'est-à-dire d'une simple mention écrite au dos du titre et constatant que Primus a passé la lettre de change à l'ordre de Quartus par exemple. Ce dernier peut l'endosser à son tour, et ainsi de suite jusqu'au jour de l'échéance : c'est le dernier cessionnaire, celui qui sera *porteur* de la lettre de change à cette époque qui aura le droit d'en réclamer et d'en poursuivre le paiement.

Telle est, abstraction faite des dispositions particulières à telle ou telle loi, la physionomie traditionnelle du contrat et de la lettre de change en France (C. comm., art. 110 à 190) et dans les pays qui ont calqué plus ou moins leur législation commerciale sur la nôtre.

Cependant un système qui tend à prévaloir, et qui a pour lui les législations les plus récentes, consiste à dégager la lettre de change de l'ancien contrat de change, à l'assimiler à un billet de banque, à une monnaie commerciale. Cette lettre s'analyse donc en une simple promesse d'argent, et les Codes qui lui reconnaissent ce caractère écartent, comme autant d'entraves à sa libre circulation, les règles de la loi française sur la provision, sur les formes de l'endossement, sur la nécessité d'une remise de place en place[1], etc. Ce système, développé pour la première fois en 1839 par un jurisconsulte saxon, M. Einert, a été reproduit par les lois allemandes, et, dans ses traits généraux, par les législations de l'Autriche, de la Hongrie, de la Belgique, des États scandinaves, de la Serbie, de la plus grande partie de la Suisse allemande.

Enfin en Angleterre et aux États-Unis, la matière du change est régie par la coutume et par la jurisprudence; les règles qui y sont admises diffèrent, sous plusieurs rapports, de celles qui ont prévalu soit en France, soit en Allemagne; elles forment un système mixte.

Nous allons examiner les difficultés du droit international privé qui surgissent à propos de la lettre de change, sous le triple rapport

[1] La loi française du 8 juin 1894 a elle-même fait un pas dans cette voie, en permettant de tirer une lettre de change d'un lieu sur le même lieu.

de la capacité exigée chez les parties, des formes de la lettre, de ses principaux effets.

Capacité des parties. — Lorsqu'un Français s'oblige par une lettre de change, quel que soit le lieu de l'émission de ce titre, quel que soit celui fixé pour son paiement, la capacité générale ou spéciale qui lui est nécessaire est mesurée par la loi française (C. civ., art. 3, § 3). Et inversement la capacité de l'obligé étranger sera toujours déterminée par sa loi personnelle. Cette règle s'applique au tireur, au tiré, aux endosseurs, aux donneurs d'aval, etc. La Cour de Paris en a fait une heureuse application, en reconnaissant la validité d'une lettre de change souscrite par une femme francfortoise, en dehors de l'autorisation de son mari, comme la législation de Francfort le lui permet[1].

Cependant les lois de capacité étrangère ne pourront être invoquées chez nous que si elles ne contreviennent en rien à *l'ordre public international*. Il a été jugé en ce sens qu'un rescrit du 8 avril 1829, défendant aux membres de la famille royale de Naples de s'obliger par lettre de change est inapplicable en France, où le droit public est fondé sur l'égalité civile et répugne à toute distinction de naissance[2].

La jurisprudence va plus loin et manifeste une tendance, que nous avons déjà eu l'occasion de combattre, à laisser de côté, en cette matière comme en toute autre, la loi personnelle de l'étranger, toutes les fois que l'intérêt d'un Français de bonne foi pourrait se trouver lésé par son application.

Formes. — La solution des conflits relatifs aux formes de la lettre de change et des actes qui s'y rattachent doit être demandée aux principes généraux qui ont été développés à propos de la règle *Locus regit actum*. Les formalités, les énonciations exigées pour la validité initiale de la lettre de change, seront appréciées d'après la loi du pays où elle est créée, conformément à cette règle, lorsque les parties sont de nationalité différente, et à leur choix, d'après la *lex loci* ou d'après leur loi nationale commune, lorsqu'elles ressortissent au même État.

Un tribunal français devra tenir pour valable une lettre de change, souscrite à Berlin par un Français au profit d'un Allemand et ne men-

[1] Paris, 10 juillet 1880 (J. *Le Droit* du 8 août).

[2] Paris, 16 janvier 1836 (Sirey, 1836. 2. 70); 26 novembre 1850 (Sirey, 1850. 2. 166).

tionnant pas la valeur fournie, parce que la loi allemande, *lex loci*, n'exige pas cette mention. Et la même solution devrait être admise, suivant nous, si la lettre, au lieu d'avoir été émise en Allemagne, a été souscrite en France par un Allemand au profit d'un autre Allemand; ils ont pu régulièrement se soumettre sur notre territoire aux lois de forme de leur patrie commune; la règle *Locus regit actum* n'est que facultative.

Inversement la lettre de change créée en France ou en Angleterre sera considérée comme valable au Danemark ou en Suède, encore qu'elle ne porte pas expressément la dénomination de *lettre de change* exigée par la législation scandinave.

La lettre est-elle soumise à l'acceptation aux États-Unis, cette acceptation pourra être faite soit dans les formes de la *Common-law*, c'est-à-dire par acte séparé ou même verbalement, soit, si les parties ne relèvent pas d'États différents, dans les formes qu'autorise leur loi personnelle.

Enfin, si nous supposons que la lettre de change fait l'objet de plusieurs endossements successifs en divers pays, c'est d'après la loi de chacun d'eux qu'il faudra juger des formes nécessaires à sa validité. Nos tribunaux ont à maintes reprises déclaré réguliers des *endossements en blanc* passés en Angleterre ou en Hollande, des endossements non datés, opérés en Belgique. Si l'endosseur et le cessionnaire sont de même nationalité, il suffira que les formes exigées par leur législation commune aient été observées. Plusieurs lois, la loi allemande (art. 85), la loi scandinave (art. 82), la loi hongroise (art. 96), et le Code suisse des obligations (art. 823), admettent expressément cette dernière solution.

Nous aurons terminé l'étude sommaire des conflits internationaux que soulèvent les formes extérieures de la lettre de change, lorsque nous aurons dit deux mots des impôts qui peuvent l'atteindre.

La loi du 5 juin 1850 frappe d'un droit de timbre les lettres de change et billets à ordre qui sont, soit émis à l'étranger et payables en France (art. 3), soit émis en France et payables à l'étranger (art. 9). Le tarif de ce droit qui doit être acquitté, pour les uns, lors de l'arrivée du titre en France, pour les autres, lors de sa création, est fixé par l'article 1er de cette loi, à 5 centimes pour 100 francs, et gradué de 100 francs en 100 francs aux termes de la loi portant fixation du budget de 1882 (art. 5, § 2).

La loi de 1850 n'atteignait que les effets *créés* ou *payables* en

France. Y échappaient donc tous ceux qui, émis à l'étranger et payables à l'étranger, faisaient sur notre territoire l'objet d'une négociation, d'une acceptation ou d'un endossement. C'était ouvrir la porte à la fraude; car il était facile aux maisons de commerce françaises de dater de Genève ou de Bruxelles les lettres tirées par elles sur des places étrangères. La loi du 23 mars 1871 a fait disparaître cet inconvénient en soumettant au timbre « les effets tirés de l'étranger sur l'étranger, négociés, endossés, acceptés ou acquittés en France », et la loi du 20 décembre 1872 en a fixé le taux d'une manière définitive à 50 centimes par 2.000 francs ou fraction de 2.000 francs.

Quelques lois étrangères, la loi anglaise par exemple, soumettent à un droit de timbre, exigé à peine de nullité, toute émission de lettre sur le territoire qu'elles régissent. Cette condition est une condition de forme. Aussi les tribunaux français ne devront-ils pas hésiter à prononcer la nullité de la lettre de change qui y aurait contrevenu, lorsque c'est par la *lex loci* que les formalités extérieures de cette lettre ont été déterminées; il en est toujours ainsi, nous venons de le voir, si le tireur et le preneur ressortissent à des nationalités différentes.

Effets. — Il peut arriver que les personnes qui interviennent à la formation, à la circulation, à la réalisation de la lettre de change, ne relèvent pas d'un même État; il peut se faire que les actes juridiques, souvent très nombreux, auxquels elle donne lieu, aient été passés sur différents territoires. Dans un cas, comme dans l'autre, il importe de déterminer la loi qui régira la substance de ces actes, et les obligations qui en sont nées.

Une chose est certaine, c'est que la forme des actes requis pour la conservation des droits résultant de la lettre de change est gouvernée par la loi du lieu où ils sont faits, conformément à la règle *Locus regit actum*, à moins que les parties, de même nationalité, ne préfèrent recourir à leur loi personnelle.

L'application de la règle *Locus regit actum* aux formalités du protêt est expressément spécifiée par l'article 86 de la loi allemande, par l'article 86 de la loi scandinave, par l'article 824 du Code suisse des obligations; le Code de commerce espagnol (art. 486) et le Code brésilien (art. 424) s'expriment en termes plus généraux, qui comprennent sans doute les délais de la signification.

Nous rattacherons la substance et l'étendue des engagements sous-

crits par les divers obligés dans la lettre de change à l'*autonomie* de la volonté. En principe, la volonté des parties contractantes est maîtresse de désigner la loi qui doit régir les obligations de chacune; et, en l'absence d'une manifestation formelle qui se produira rarement en notre matière, nous recourrons aux présomptions ordinaires.

La lettre de change suppose un enchaînement de contrats successifs.

Le premier dans l'ordre des dates, et le plus important, est celui qui se forme entre le tireur qui crée la lettre de change et le preneur auquel elle est remise. D'autre part, l'acceptation par le tiré le constitue débiteur du preneur; enfin l'endossement consenti par ce dernier au profit d'un tiers est un contrat de cession, productif d'obligations, etc.

Si, dans chacune de ces opérations, l'une et l'autre partie, tireur et preneur, preneur et accepteur, endosseur et cessionnaire, ont la même nationalité, il sera naturel de présumer qu'en ce qui touche la validité intrinsèque, l'étendue, les effets et aussi l'exécution de leurs obligations respectives, elles ont entendu faire élection de la loi personnelle, qui, leur étant commune, est également connue d'elles.

Si, au contraire, les divers obligés relèvent d'États différents, on distinguera avec soin ce qui a trait à l'obligation elle-même, considérée dans sa nature, dans sa substance, dans ses effets, et ce qui a trait à son exécution.

A chacun des engagements dérivant de la lettre de change, nous appliquerons en principe la loi du lieu où il a pris naissance[1].

C'est la loi du lieu d'émission de la lettre de change qui mesure les obligations dont le tireur est tenu envers le preneur, ou le porteur qu'il s'est substitué, par exemple, en ce qui touche la garantie de l'acceptation et du paiement, la nécessité de faire provision. Quant aux rapports juridiques du tireur et du tiré, ils procèdent d'un contrat de mandat intervenu entre eux, et, puisque c'est au domicile du tiré que ce contrat se forme, il appartient à la législation qui y est en vigueur de régler les obligations dont le tiré est tenu, de dire s'il est en droit de refuser l'acceptation.

De même, les caractères de l'acceptation, ainsi que les obligations qu'elle impose au tiré, sont régis par la loi du lieu où elle se réalise.

Enfin, les effets de l'endossement sont également fixés par la loi

[1] V. cep. Cass., 6 février 1900 (*Pand. fr. pér.*, 1900. 5. 25).

du pays où il a été fait; c'est cette loi qui détermine si l'endossement est, ou non, translatif de propriété, si et de quelle manière l'endosseur est obligé envers son cessionnaire. Il arrivera donc parfois que la loi du lieu de l'endossement mette à la charge de tel endosseur des obligations plus onéreuses que celles dont l'endosseur précédent est tenu vis-à-vis de lui-même; mais il va sans dire qu'il ne saurait transmettre contre le tireur, contre l'accepteur ou contre les endosseurs de qui il tient le titre, que les droits qui lui appartiennent et qui sont gouvernés par la loi du pays où ils sont nés, c'est-à-dire par celles des lieux d'émission, d'acceptation ou d'endossements antérieurs.

Partant de là, on a prétendu que c'est toujours d'après la loi du lieu où la lettre de change a été émise, qu'il faut décider si ses divers signataires sont garants solidaires vis-à-vis du porteur du défaut du paiement à l'échéance. Si cette loi admet la solidarité, tous les cessionnaires successifs de la lettre ont acquis, par l'effet de l'endossement qui leur en a transféré la propriété, l'action solidaire qui la sanctionne, au jour même de l'émission. Si au contraire la lettre de change ne donne lieu, dans le pays où elle a été créée, à aucun recours solidaire, il est difficile de comprendre qu'un endossement puisse attribuer au cessionnaire des droits plus étendus que n'en a le cédant lui-même. Nous n'admettons pas cette solution. Les effets des obligations conventionnelles sont en principe, nous l'avons vu, déterminés, lorsqu'il y a doute sur l'intention des parties, par la loi du lieu où s'est produit l'accord de leurs volontés. Or tout endossement formant un contrat distinct de ceux qui l'ont précédé et de ceux qui le suivront, il est conforme à une saine interprétation d'admettre que celui qui l'a souscrit a entendu se référer à la loi qui régit le pays où cet endossement s'opère. C'est donc d'après la loi applicable à chacune des obligations successives nées de la lettre de change que devra être résolue la question de savoir si les personnes qui en sont tenues le sont solidairement.

Cette même loi décidera si, en cas de non-paiement, le garant doit supporter plusieurs comptes de retour pour une même lettre de change, ou plusieurs rechanges (Cf. C. comm. français, art. 182 et 183. Loi allemande de 1848, art. 51 et 53), et dans quel délai le porteur doit, pour conserver son droit de recours contre lui, faire dresser un protêt et le notifier, dans quel délai le recours lui-même doit être exercé (arg. C. comm. français, art. 166), enfin, si la force majeure constitue pour un recours tardif une excuse valable.

Mais d'un autre côté, c'est par la loi du lieu de l'exécution de la lettre de change, c'est-à-dire du lieu où elle doit être acquittée, que les parties sont réputées avoir voulu régler tout ce qui se rapporte à cette exécution proprement dite, c'est-à-dire au terme de grâce, au *modus solutionis*, aux espèces exigibles, à la détermination des intérêts moratoires dus en cas de retard, etc. [1].

Ajoutons qu'on retrouve en cette matière la difficulté qui a été examinée dans la section précédente, relativement à la détermination du délai de la prescription; nous la résoudrons de la même manière, par l'application de la loi qui régit l'obligation elle-même, limitée par la *lex fori*, dans le cas où cette dernière admettrait un laps de temps moindre pour l'extinction des actions nées à l'occasion de la lettre de change [2].

TITRE III

Droits patrimoniaux intellectuels.

SECTION I. — *Droits littéraires et artistiques.*

Nous avons déterminé, au livre précédent, dans quels cas et sous quelles conditions le littérateur et l'artiste étrangers sont admis à réclamer sur le territoire français la protection de leurs droits sur les œuvres qu'ils ont conçues. Il nous faut maintenant rechercher suivant quelles règles seront résolus les conflits de législations qui pourront se produire en cette matière, et que la diversité des lois positives rendra très fréquents.

Un livre, publié pour la première fois en Allemagne par un sujet espagnol, vient à être contrefait en France. D'après quelle loi déciderons-nous si l'auteur a un droit à faire valoir en France à l'encontre du contrefacteur? D'après la loi française, loi du lieu où il demande à agir? d'après la loi allemande, loi du lieu où son œuvre a vu le jour? ou d'après la loi espagnole, loi nationale de l'auteur lésé?

Au point de vue rationnel, nous inclinerions à admettre la suprématie de la loi personnelle de ce dernier, dans la mesure où son droit

[1] V. ci-dessus, p. 535.
[2] V. ci-dessus, p. 556.

ne compromettrait pas l'*ordre public international*, sur le sol du pays où il l'allègue. Mais nous devons reconnaître que le décret de 1852, qui reconnaît en France le droit de l'auteur sur les productions de son intelligence ou de son art rendues publiques à l'étranger, semble s'écarter de ce système. Répudiant toute inégalité entre le national et l'étranger quant à la jouissance de ses droits littéraires et artistiques, ce texte se borne à distinguer entre les œuvres qui ont été publiées pour la première fois sur un territoire étranger et celles dont la France a eu la primeur? il regarde moins à la nationalité de l'auteur qu'à celle de l'œuvre, et l'on peut dire que, personnifiant en quelque sorte cette dernière, il lui attribue un véritable *statut personnel*[1]. Le droit de l'auteur, national ou étranger, sur le livre édité en France est régi par la loi française. Au contraire, le livre édité à l'étranger, même par un Français, est toujours gouverné, quant à la nature, à l'étendue, à la durée du droit de l'auteur, par la loi étrangère. Cette doctrine paraît généralement professée aujourd'hui.

Nous conclurons de là que, même dans le silence des conventions internationales, c'est la loi du pays où l'œuvre a été publiée pour la première fois qui mesure en France la durée du droit de son auteur. Lorsque la loi française est plus libérale que la législation étrangère, l'auteur qui a édité son livre à l'étranger, sera moins bien traité que celui, de même nationalité peut-être, qui aurait publié son œuvre en France. Mais cette inégalité n'est peut-être pas aussi injuste qu'elle le paraît de prime-abord. « L'œuvre littéraire, l'œuvre artistique, qui paraît sur le sol français, est en réalité une œuvre nationale; l'œuvre littéraire, l'ouvrage artistique est, en effet, le résultat du milieu même où il a été produit. La nationalité de l'auteur disparaît; il cesse d'être un étranger, il peut s'être abreuvé aux sources mêmes de notre littérature, de nos arts, de notre civilisation; il se trouve être par nous ne savons quel secret enchantement, transfiguré, tant il est vrai que l'art, que la littérature est toujours le reflet des mœurs d'un pays[2] ». Dans l'hypothèse que nous avons prévue ci-dessus, les héritiers de l'auteur espagnol ne pourront agir en France contre les contrefacteurs que pendant trente ans après son décès, car telle est la durée qui est assignée à leur droit par la loi allemande, loi du lieu de publication.

La solution devrait être différente si, au lieu d'être inférieur au

[1] Cf. ci-dessus, p. 258.

[2] Pouillet, dans *le Droit* du 27 avril 1884.

délai de la loi française, le délai de la loi du pays où l'œuvre a été publiée lui est supérieur, si par exemple le livre a été édité en Espagne, où le droit survit quatre-vingts ans au décès de l'auteur. Dans ce cas, c'est aux cinquante années qui suivent sa mort qu'il convient de limiter, comme le veut la loi française, le droit de ses héritiers. C'est en effet dans l'intérêt général que cette limitation a été insérée dans la loi du 14 juillet 1866; c'est une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique qu'elle opère; elle est donc d'*ordre public international*, et les règles différentes adoptées par les législations étrangères ne peuvent prévaloir contre elle.

Les conventions internationales paraissent en général s'être inspirées des considérations qui précèdent. Dans presque toutes, on rencontre un article ainsi conçu : « Les auteurs de livres, brochures ou autres écrits, de compositions musicales, d'œuvres de dessin, de peinture, de sculpture, de gravure, de lithographie et de toutes autres productions analogues du domaine littéraire ou artistique, jouiront dans chacun des deux États, réciproquement, des avantages qui y sont ou y seront attribués par la loi à la propriété des ouvrages de littérature ou d'art, et ils auront la même protection et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, que si cette atteinte avait été commise à l'égard d'ouvrages publiés pour la première fois dans le pays même. *Toutefois ces avantages ne leur sont réciproquement assurés que pendant l'existence de leurs droits dans le pays où la publication originale a été faite, et la durée de leur jouissance dans l'autre pays ne pourra excéder celle fixée par la loi pour les auteurs nationaux* ».

Signalons cependant à titre rétrospectif, la convention franco-russe du 6 avril 1861, qui, dénoncée par la Russie, a cessé d'être en vigueur le 14 juillet 1887; elle présente ce caractère particulier que, outre qu'elle se préoccupait de la nationalité de l'auteur et non du lieu de publication de son œuvre, elle ramenait le droit de ses ayants-cause à une durée moindre que celle admise par les législations des deux pays. *Article 4* : « Le droit de propriété littéraire ou artistique des *Français* dans l'Empire de Russie, et des *sujets russes* en France, durera pour les auteurs toute leur vie et se transmettra *pour vingt ans* à leurs héritiers directs ou testamentaires et pour dix ans à leurs héritiers collatéraux ». Il en résultait cette situation bizarre, que d'un côté, l'héritier d'un littérateur russe, qui d'après sa loi nationale, aurait pu faire valoir ses droits en Russie pendant cinquante ans

après le décès de ce dernier (Ukase de 1857) en était déchu au bout de vingt ans sur le sol français, bien que la loi française de 1866 contînt une disposition semblable à celle de la loi russe ; que, de l'autre, la veuve de l'auteur français, dont le droit était viager lors du traité franco-russe (L. 8 avril 1854) et dure aujourd'hui chez nous cinquante ans à compter de la mort de son mari (L. 14 juillet 1866), n'eût pas été admise, puisque la convention ne la mentionne pas, à prétendre quoi que ce soit en Russie sur les productions littéraires ou artistiques de ce dernier, si ce n'est en vertu d'un testament, dont l'effet était dans tous les cas limité à vingt ans. D'ailleurs, le traité prenait soin de dire (art. 1er *in fine*), « que les droits à exercer réciproquement dans l'un ou dans l'autre des deux États ne pourront être plus étendus que ceux qu'accorde la législation de l'État auquel appartiennent les auteurs ou leurs ayants-cause ». Si donc une loi russe nouvelle avait réduit à cinq ans le droit des héritiers directs de l'auteur en Russie, cette réduction leur aurait été valablement opposée sur le sol français ; le délai imparti par le traité était un *maximum*.

Ces notions sommaires suffisent à montrer par application de quels principes doivent être déterminées la nature et l'étendue des droits d'auteur, envisagées sous le rapport international. Pour ce qui a trait à leur acquisition ou à leur transmission, soit contractuelle, soit héréditaire, nous ne pouvons que renvoyer à la matière des obligations conventionnelles et à celle des successions.

Section II. — *Droits industriels et commerciaux.*

Le législateur français semble avoir, pour les droits industriels et commerciaux, comme pour les droits littéraires et artistiques, fait bon marché de la personne de leur titulaire, pour considérer uniquement le lieu où ils ont pris naissance, et négligé la nationalité du sujet du droit, pour s'attacher à la nationalité de son objet ; il reconnaît pour ainsi dire à cet objet un *statut personnel*, par l'application duquel doivent être résolus les conflits internationaux relatifs aux brevets d'invention et aux autres éléments de la fortune industrielle ou commerciale.

Quelques espèces suffiront à nous rendre compte du système de la loi, dont nous n'avons pas d'ailleurs à prendre la défense.

a) Un industriel demande et obtient, en France, un brevet pour

une invention non encore brevetée à l'étranger. Quelle que soit sa patrie, son droit est régi dans sa nature et dans son étendue par la loi qui a présidé à la délivrance du brevet. Fût-il Anglais, fût-il Espagnol, la durée d'exercice de son brevet sera déterminée par la loi française; et les déchéances qui s'y trouvent édictées lui sont toutes applicables, en dépit des dispositions contraires de sa législation nationale.

Inversement, le brevet a-t-il été obtenu en pays étranger, même par un Français, pour une découverte qu'il y exploite, c'est la loi étrangère qui seule a qualité pour fixer les conditions d'exercice du droit que ce brevet confère et pour en gouverner les effets. Aussi le tribunal français, amené par les hasards d'une instance à en apprécier la validité, devra-t-il faire abstraction des règles posées à cet égard par la loi française, pour s'en tenir uniquement à celles qui sont contenues dans la loi dont le brevet relève. La Cour de cassation l'a jugé ainsi en décidant que le point de départ du brevet concédé sur un territoire étranger doit être placé, non pas au jour du dépôt de la demande, comme le veut la loi française, mais au jour de la délivrance, si tel est le système adopté par la loi étrangère sous l'empire de laquelle le droit de l'inventeur a été reconnu.

Enfin, si le brevet obtenu en France est un ***brevet d'importation***, c'est-à-dire s'il porte sur une découverte déjà brevetée à l'étranger, le législateur de 1844 ne l'affranchit pas complètement de l'influence de la loi étrangère. Encore que ce brevet soit un brevet français, demandé dans les mêmes formes et soumis aux mêmes conditions que tout autre brevet accordé en France, il ne peut dépouiller son origine étrangère, manifestée par le brevet dont l'invention qu'il constate a déjà fait l'objet hors de nos frontières. En conséquence, la durée du brevet d'importation ne peut excéder celle du brevet antérieurement pris à l'étranger (L. 1844, art. 29), et malgré les justes critiques qu'appelle le système de la loi, nous avons dit qu'il est conforme à son esprit d'étendre la solidarité qu'elle établit entre les deux brevets à toutes les causes de déchéance, autres que la durée, qui peuvent atteindre le brevet étranger, et d'en faire subir le contre-coup au brevet importé.

b) Un étranger veut s'assurer en France la propriété exclusive de telle marque servant à distinguer les produits de sa fabrication ou les objets de son commerce; nous supposons qu'il est dans les conditions voulues pour l'obtenir. Est-ce la loi française ou la loi étrangère qui mesurera l'étendue et les effets de la protection à laquelle il aura droit

sur notre territoire? Il faut distinguer : l'établissement industriel de l'étranger se trouve-t-il en France, la loi française est à coup sûr seule applicable; la marque est une marque française. Au contraire l'étranger n'a-t-il aucun établissement en France et se borne-t-il à y réclamer la protection de marques acquises et exploitées par lui à l'étranger, son droit a pour limites les dispositions de la loi étrangère à laquelle il en est redevable. Ainsi, il ne pourrait prétendre chez nous, même en l'absence d'une clause dans les traités, à un droit privatif sur une marque de fabrique qui, à l'étranger, est tombée dans le domaine public. La question a été résolue en ce sens, dans l'espèce suivante : Un industriel anglais, important en France certain engrais, désigné par lui sous le nom de *phospho-guano*, réclama la propriété de cette désignation et intenta des poursuites contre des fabricants français qui l'avaient appliquée à leurs propres produits. Ceux-ci ayant objecté et établi qu'en Angleterre la dénomination de *phospho-guano* était dans le domaine public, le demandeur de répondre que l'assimilation établie, au point de vue de la jouissance des marques de fabrique, par le traité du commerce de 1860, entre les Anglais et les Français, dispense de regarder à ce qui se passe en Angleterre, qu'il suffit que la dénomination litigieuse ne soit pas encore employée en France pour qu'il soit permis à celui qui l'y a importée de s'en assurer l'usage exclusif sur notre territoire. Les tribunaux ont condamné sa prétention [1].

D'ailleurs, ainsi qu'on l'a fait remarquer, ce n'est guère que relativement à l'interprétation du traité franco-anglais qu'une semblable difficulté peut surgir. En effet, la plupart des autres conventions la prévoient expressément et la tranchent de la manière que nous venons d'indiquer.

Enfin, il est certain que, si la durée de la protection à laquelle ont droit en France les marques de fabrique et de commerce étrangères est limitée par la loi étrangère, elle ne peut d'autre part excéder celle fixée par notre propre législation pour les marques d'origine française Il y a là autant d'applications de l'*ordre public international*. De même un industriel ne serait pas admis à réclamer chez nous un droit privatif sur une marque qui y est tombée dans le domaine public, alors même que dans son pays, cette marque pourrait faire l'objet d'une jouissance exclusive. Dans tous les cas, une mar-

[1] Cass., 23 mai 1874 (Pataille, 1874, p. 153).

que étrangère ne saurait être protégée en France, si elle est contraire à la morale.

TITRE IV

Transmission du patrimoine à cause de mort[1].

Section I. — *Généralités.*

Nous avons analysé la composition active et passive du patrimoine, et indiqué, chemin faisant, les principales règles du droit international privé qui président à l'acquisition et à la transmission entre-vifs des droits qui le composent. Occupons-nous maintenant des modes de transmission à cause de mort qui sont applicables au patrimoine; parlons des successions légitimes ou testamentaires.

Le régime des successions est-il organisé par la loi, surtout dans l'intérêt économique et politique du pays où se trouvent les biens laissés par le *de cujus ?* Ou au contraire le législateur a-t-il considéré en premier lieu la volonté expresse ou présumée de ce dernier, l'ordre de ses affections, l'intérêt privé de la famille au sein de laquelle il est né? Grave problème, dont dépend la détermination de la loi qui régira la transmission héréditaire du patrimoine! Le premier système donnera la préférence à la *lex rei sitæ;* le second, par interprétation de la volonté du *de cujus*, conduit à la suprématie de la loi personnelle.

Chacun de ces systèmes a ses partisans en théorie et peut être défendu par d'excellents arguments.

On peut dire, à l'appui du premier, qui procède de la conception féodale de la souveraineté, que toute loi successorale a, par elle-même, un caractère politique, qu'elle subit nécessairement l'influence de la forme du gouvernement et du régime constitutionnel. Sous un gouvernement aristocratique, elle reconnaîtra des privilèges de caste ou de

[1] V. Ch. Antoine, *De la succession légitime et testamentaire en droit international privé*, 1876; L. Renault, *De la succession ab intestat des étrangers en France et des Français à l'étranger*, dans le *Journal du dr. int. pr.*, 1875, p. 329 et 422; 1876, p. 15; Champcommunal, *De la succession ab intestat en droit international privé*, 1892.

naissance; elle consacrera le droit d'aînesse; elle favorisera l'institution des majorats et des substitutions. Sous un gouvernement démocratique au contraire, l'égalité sera la loi des successions. Il y a donc une raison d'organisation politique pour que, de même que l'étranger obéit en France aux lois de police qui y sont en vigueur, la dévolution des biens qu'il y laisse soit réglée conformément aux lois françaises. S'il en était autrement, si des législations étrangères, inspirées par d'autres idées que le Code civil, pouvaient être invoquées sur notre territoire, relativement aux biens qui y sont, les principes essentiels sur lesquels repose aujourd'hui la société française se trouveraient compromis et minés.

La conséquence de ce système devrait être l'application indistincte de la loi de la situation matérielle à chacun des biens, *meubles* ou *immeubles*, qu'a laissés le défunt; ce qui aboutirait à diviser son patrimoine en autant de successions particulières qu'il y a de pays où se trouvent des biens héréditaires, et à soumettre chacune à des règles spéciales. *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur.*

Cependant la plupart des légistes statutaires, qui n'ont pas fait un pacte avec la logique, reculent devant l'application de la *lex rei sitæ* à la matière des successions; ils distinguent, conformément à la doctrine générale que nous avons déjà réfutée, suivant la nature des biens compris dans le patrimoine du *de cujus*, et, tout en soumettant la dévolution des immeubles à la loi de leur situation, ils régissent celle des meubles par la loi du domicile de leur propriétaire décédé, en quelque endroit qu'ils soient présents au jour de l'ouverture de la succession. Cette distinction ne se soutient pas en théorie. De deux choses l'une : ou bien les lois de succession sont des lois politiques, et alors comment comprendre que les objets mobiliers soient affranchis de la *lex rei sitæ?* Ou bien, au contraire, ce sont des lois d'ordre privé, et on ne comprend pas davantage pourquoi l'intérêt du *de cujus* et de sa famille exige que les immeubles soient dévolus suivant certaines règles, les meubles suivant des règles différentes.

Même restreinte aux seuls immeubles, la territorialité des lois successorales engendre des difficultés pratiques inextricables. En effet, la coexistence de plusieurs successions ouvertes à son profit dans divers pays permet à l'héritier de prendre des partis différents suivant la région. Ici il acceptera purement et simplement; là il ac-

ceptera sous bénéfice d'inventaire, ailleurs il renoncera. Et grâce à cette combinaison plus ingénieuse que loyale, il pourra frustrer les créanciers héréditaires. D'autre part, si les personnes appelées à la succession ne sont pas les mêmes dans tous les pays où sont situés les immeubles qui en dépendent, la division des dettes du *de cujus* entre les héritiers sera des plus compliquées.

Il n'y a donc qu'incertitude dans la doctrine statutaire. Aussi préférons-nous nous attacher, avec un grand nombre d'auteurs, au système qui gouverne en principe la dévolution des biens héréditaires, quelle que soit leur nature ou leur situation, par la loi personnelle du *de cujus*.

Il est inexact, en effet, de dire que, dans le droit moderne, qui s'affranchit de plus en plus de l'influence des idées féodales, toute loi successorale soit par elle-même une loi politique, une loi d'*ordre public international*. Autrement, on ne s'expliquerait pas qu'il soit permis au *de cujus* d'en écarter, la plupart du temps, l'application par un acte de sa seule volonté, par un testament. Le propre de toute disposition d'*ordre public international* n'est-il pas de limiter l'autonomie de la volonté? Ce qui est vrai, c'est que dans les lois relatives au régime successoral, il peut se trouver certaines règles, certaines prescriptions, qui sont liées à l'intérêt général et qui s'imposent au respect et à l'observation de tous sur le territoire où elles sont en vigueur; à celles-là, il ne peut être question de contrevenir, quelles que soient à cet égard les dernières volontés du *de cujus* ou les dispositions de la loi étrangère qu'invoquent ses héritiers : telle est, par exemple, en France la règle qui prohibe les substitutions (C. civ., art. 896). Mais, en dehors des cas assez rares où l'intérêt de l'État sur le sol duquel se trouve tout ou partie des biens héréditaires exigera impérieusement l'application de la *lex rei sitæ*, ou de la *lex fori*, nous croyons que la loi personnelle du *de cujus* doit produire ses effets, même à l'étranger. A-t-il fait un testament, il n'est pas douteux que sa volonté, régulièrement affirmée, ne soit une et ne concerne tous ses biens, quel que soit le lieu de leur situation; si cette volonté paraît obscure, c'est par sa loi personnelle qu'elle sera interprétée, conformément à la présomption si naturelle que nous avons posée au début de ce livre. Mais s'il n'a rien dit, s'il n'a laissé aucun témoignage écrit de sa volonté, ses biens sont directement attribués par la loi à certaines personnes déterminées. La succession n'est plus *testamentaire*; elle est *légitime* ou *ab intestat*. Quel est le rôle du

législateur dans cette dévolution? Un rôle interprétatif, un rôle supplétif de volonté. Il est à croire que le *de cujus* s'en est rapporté purement et simplement aux dispositions de la loi, qui règle la succession aux biens d'après l'ordre présumé de ses affections, qu'il se l'est appropriée par une sorte de *testament tacite*. Or, quelle est cette loi qu'il a ainsi faite sienne? Est-ce la loi de chacun des pays où se trouvent les différents biens qui lui appartiennent, loi qui lui est le plus souvent entièrement inconnue? Rien n'est moins probable; car il faudrait alors admettre que sa volonté manque d'unité, que l'ordre et la vivacité de ses affections sont subordonnés à l'assiette géographique de son héritage, qu'il préfère tel parent sur l'immeuble situé en Allemagne, dans le cas où la loi allemande appelle ce dernier en première ligne, au contraire qu'il ne lui assigne que le second rang sur le bien situé en France, dans le cas où telle est la disposition de la loi française. La seule loi qui puisse rendre compte de la volonté non exprimée par le *dè cujus*, comme seule elle peut servir à interpréter les clauses d'un testament incomplet ou obscur, c'est sa *loi personnelle*, dont il connaît ou est censé connaître les prescriptions, et cette loi doit être appliquée partout où se trouvent les biens héréditaires. Que vient-on parler de *lex rei sitæ?* Le patrimoine dont la succession comprend l'universalité, est une entité juridique, composée de biens corporels, de biens incorporels, de dettes même, à laquelle il est impossible de fixer des limites matérielles et visibles, et par suite une situation.

C'est donc en principe, et sauf les tempéraments ordinaires, la loi personnelle du *de cujus* qui présidera, selon nous, à la transmission héréditaire de son patrimoine.

En vain nous objecterait-on que, si l'adoption de notre système se recommande en théorie pure et en législation, il a contre lui le droit positif français.

L'article 3, § 2 du Code civil, dont la jurisprudence prétend tirer argument en faveur de la distinction qu'elle établit, avec les statutaires, entre les immeubles et les objets mobiliers dépendant de la succession, n'est nullement décisif; est-il nécessaire de le répéter ?

De même, l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, qui attribue à titre de compensation, au Français exclu du partage des biens héréditaires sis à l'étranger, un droit de prélèvement sur ceux qui sont situés en France, ne préjuge en aucune manière la question de savoir

si c'est d'après la loi française ou d'après la loi étrangère que la dévolution de ces derniers doit être opérée; il est étranger aux conflits des lois; cela résulte encore de nos développements antérieurs.

Restent trois conventions internationales conclues par la France, l'une, à la date du 11 décembre 1866, avec l'Autriche, la seconde, à la date du 1er avril 1874, avec la Russie, enfin la troisième, à la date du 27 novembre 1886, avec le Mexique. De ces textes (conventions franco-autrichienne, art. 11 ; franco-russe, art. 10; franco-mexicaine, art. 6) il résulte que, dans le cas où les sujets de l'une des Puissances contractantes seraient appelés à recueillir un héritage sur le territoire de l'autre, « la succession aux biens immobiliers sera régie par les lois du pays dans lequel les immeubles sont situés..., celle aux biens mobiliers, par la loi nationale du défunt ». Ces conventions ne prouvent qu'une chose, c'est que leurs négociateurs étaient imbus de l'ancienne doctrine statutaire, communément adoptée jusqu'à ce jour par la jurisprudence; elles ne démontrent pas le moins du monde que cette doctrine est fondée en raison et que le texte de la loi française l'autorise.

Notre système est expressément adopté par la loi italienne (C. civ., art. 8), par le Code civil du canton de Zurich (art. 3, § 2), par le Code civil espagnol (art. 10), par le nouveau Code civil allemand (Loi d'introduction, art. 24 et s.). Enfin l'Institut de droit international lui a donné la sanction de ses suffrages dans sa session d'Oxford, en 1880.

Section II. — *Des successions ab intestat.*

Nous avons dit que c'est par application de la loi personnelle du *de cujus* que doivent être résolus, en principe, les conflits relatifs à la transmission héréditaire du patrimoine. Transportons cette règle dans la matière des successions *ab intestat.* En général, nous supposerons que les biens héréditaires sont exclusivement immobiliers; ce n'est, à vrai dire, qu'en ce qui les concerne que nous nous séparons de la doctrine statutaire, puisque ses représentants les plus autorisés gouvernent la dévolution des meubles par la loi personnelle du *de cujus*.

Repoussant la distinction qu'ils proposent, nous déterminerons par cette loi, aussi bien pour les immeubles que pour les objets mobiliers, le lieu, le moment et la cause de l'ouverture de la succession. Ainsi

c'est à l'époque qu'elle a marquée que se fixeront les droits des héritiers, quel que soit le lieu de la situation des biens qu'ils sont appelés à recueillir; ceci ne souffre aucune difficulté lorsque cette loi personnelle et la *lex rei sitæ* sont d'accord, comme il arrivera le plus souvent, pour n'ouvrir la succession qu'au jour de la mort naturelle du *de cujus*, ou tout au moins à l'époque où la probabilité de son décès a été officiellement proclamée par un jugement de déclaration d'absence. Mais qu'un sujet russe vienne à être frappé de *mort civile* par les tribunaux de son pays, les biens qu'il a laissés en France pourront-ils y être réclamés par ses héritiers, en vertu des droits que leur confère la loi russe? Non, sans doute, parce que la loi française a repoussé la mort civile, comme immorale par son principe, comme injuste par ses conséquences, et qu'une loi étrangère ne peut prévaloir chez nous sur l'*ordre public international*. Ici nous sortons de la règle pour rentrer dans l'exception.

Au contraire, si deux étrangers, appelés à se succéder l'un à l'autre, deux Italiens, par exemple, dont la législation n'a pas reproduit les présomptions de survie écrites dans les articles 720 et suiv. du Code civil français, viennent à mourir dans une même catastrophe, laissant des biens en France, nous ne voyons aucune raison pour ne pas appliquer à l'ouverture de leur succession le système de la loi italienne. Mais que faudra-t-il décider si, des deux *comorientes*, l'un appartient à un pays dont le Code admet à son profit ou contre lui une présomption de survie, l'autre à un État dont la législation repousse toute présomption de ce genre? La question est délicate; dans le doute, nous serions porté à dire que, les deux législations se neutralisant en quelque sorte et les présomptions étant *strictissimæ interpretationis*, la survie doit être exclusivement jugée d'après les circonstances de fait; si celles-ci ne fournissent aucune indication, les deux décès seront réputés être survenus au même instant.

Lorsqu'il s'agit d'apprécier la capacité des personnes appelées à succéder, ce n'est plus la loi personnelle du *de cujus*, mais celle de l'héritier qu'il faut considérer. Si en principe l'on applique à la succession la loi dont relève le défunt, « c'est parce qu'on suppose que la succession *ab intestat* est son testament, c'est-à-dire l'expression de sa volonté; or la volonté de celui qui dispose tacitement ne peut porter que sur la disposition de ses biens; il n'a rien à vouloir dans tout ce qui dépend exclusivement de la loi, et telles sont les conditions de capacité, et par suite les incapacités : celles-ci concernent le suc-

cessible, et son législateur les établit, les modifie, dans des vues d'intérêt général, et non d'après la volonté présumée de celui qui dispose de ses biens[1] ». La capacité du successible est donc régie par sa propre loi personnelle.

Ainsi l'enfant conçu de parents étrangers, et non encore né au jour de l'ouverture de la succession, héritera régulièrement des biens situés en France, et les transmettra à sa famille, alors même qu'il ne naîtrait pas viable, pourvu que la loi, qui est celle de ses parents à l'instant de l'accouchement, n'ait pas subordonné à cette condition, comme l'a fait la loi française, la fixation de son droit héréditaire.

Inversement, nos tribunaux n'hésiteront pas à reconnaître, sur les biens qui se trouvent en France, une entière capacité à l'étranger, que le droit commun de son pays appellerait à la succession, mais qui en est écarté à raison d'une déchéance que la loi française condamne comme contraire aux intérêts de la société et de la morale. Le Russe frappé d'incapacité à raison de son affiliation à un ordre monastique, l'étranger incapable dans son pays comme hérétique, succéderaient valablement en France.

Enfin un étranger ne pourrait invoquer sur notre territoire les dispositions de sa loi personnelle qui lui confèrent un droit de succession sur les biens de son esclave affranchi.

L'article 727 du Code civil déclare indignes de succéder, certaines personnes dont les actes ont prouvé soit de la haine, soit tout au moins de l'indifférence au regard du *de cujus;* les successions ***ab intestat*** reposent sur l'affection présumée et réciproque du défunt et de ses héritiers, et la présomption dont elles résultent disparaît aux yeux du législateur français, dans les trois cas prévus par l'article 727. C'est encore par la loi personnelle de l'héritier que nous déterminerons en général les causes d'indignité qui peuvent l'atteindre, quant aux biens sis en France. Deux hypothèses sont possibles. Ou bien cette loi personnelle admet certaines causes d'indignité que ne reconnaît pas la loi française; c'est le cas du Code civil italien et de la loi baltique. L'application de ces lois à leurs ressortissants ne rencontrera aucun obstacle chez nous : la société française n'a aucun intérêt à donner une prime à l'ingratitude. Mais si, au contraire, la législation étrangère qui gouverne la capacité du successible étranger, la loi russe

[1] Fiore, *op. cit.*, p. 608.

par exemple, ne reconnaît aucune cause d'indignité ou ne reconnaît pas celles auxquelles la loi française attache un effet d'exclusion, nous croyons que ces dernières seront à bon droit invoquées contre lui en France; elles reposent toutes en effet sur des considérations de décence et d'intérêt général. La conscience publique serait outragée, si l'assassin était admis à succéder à sa victime.

Mais, dès que la capacité de l'héritier à acquérir ou à conserver la succession n'est plus en jeu, c'est la loi personnelle du *de cujus* qui redevient applicable. Elle détermine, dans notre opinion, quelles sont, parmi les personnes de sa famille, celles qui recueilleront ses biens, même en France, et dans quel ordre et jusqu'à quel degré elles seront appelées à les recueillir, pourvu qu'elle ne reconnaisse aucun privilège d'aînesse ou de masculinité, dont les tribunaux français refuseraient de tenir compte, au nom de l'*ordre public international*.

C'est aussi d'après cette loi que l'on jugera s'il s'opère une *fente*, c'est-à-dire un partage de la succession entre la parenté paternelle et la parenté maternelle du *de cujus*.

C'est par elle que sera résolue la question de savoir si les héritiers succèdent de leur chef ou par le secours de la représentation, si les frères et sœurs germains jouissent du *privilège du double lien*, c'est-à-dire excluent les frères et sœurs consanguins ou utérins, ou s'ils concourent avec les uns dans la ligne paternelle, avec les autres dans la ligne maternelle, si le conjoint a un droit de succession à prétendre, et quelle est sa mesure, si l'ascendant donateur est investi d'un droit de retour légal, enfin si l'enfant naturel succède. Au contraire, nous pensons que ce dernier ne saurait invoquer la loi étrangère, qui a été celle du *de cujus*, pour obtenir dans sa succession une part supérieure à celle qui lui est assignée par la loi française, c'est-à-dire une fraction, mesurée à la qualité des héritiers avec lesquels il concourt, de ce qui lui serait revenu s'il avait été légitime. La loi doit protéger, dans un intérêt supérieur de morale, les droits qui naissent du mariage; ses dispositions restrictives sont d'*ordre public international*.

Supposons que le défunt n'ait laissé ni parents au degré successible, ni conjoint, et que, d'après sa loi nationale, aussi bien que d'après la *lex rei sitæ*, ce soit à l'État que son héritage doit revenir. Quel sera cet État? celui auquel se rattachait le *de cujus* par sa nationalité, ou celui sur le sol duquel se trouvent les biens héréditaires? La solu-

tion à donner à ce problème dépend du caractère que l'on attribuera au fisc venant à une succession. Si l'on voit en lui un véritable héritier, dont le droit est semblable à celui d'un parent, d'un conjoint, c'est à la loi personnelle du *de cujus* qu'il faudra seulement regarder, et par conséquent c'est l'État dont il a personnellement relevé qui lui succédera, en admettant qu'il puisse succéder en France. Au contraire, si l'on voit, dans l'attribution au fisc des biens de toute personne décédée sans héritiers, une sorte d'*occupation*, de mainmise sur les biens sans maître, conformément au principe posé dans l'article 713 du Code civil français, c'est la *lex rei sitæ* que l'on devra appliquer, et cette application, commandée par l'intérêt de la propriété, par l'*ordre public international*, conduit à réserver les biens compris dans la succession à l'État sur le territoire duquel ils se trouvent. Cette solution, qui nous paraît la bonne, s'appliquera de même à l'hypothèse où la loi nationale du *de cujus*, au contraire de la *lex rei sitæ*, ne reconnaîtrait à l'État aucun droit sur les biens laissés par ce dernier, à défaut de tout héritier au degré successible.

Les effets de la vocation héréditaire, au point de vue de la saisine, de la faculté d'accepter ou de répudier, du délai dans lequel cette faculté doit être exercée, sont régis par la loi du défunt, même relativement aux biens qui sont situés hors du pays auquel il a appartenu. Si donc cette loi n'admet pas l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, comme la loi russe, l'héritier, même Français, même pour les biens qui sont en France, n'aura d'autre moyen de se soustraire au paiement *ultra vires* des dettes héréditaires, que de renoncer purement et simplement; d'ailleurs l'acceptation et la répudiation seront valablement effectuées dans les formes locales, conformément à la règle *Locus regit actum*, par exemple verbalement; elles pourront également l'être dans les formes admises par la loi personnelle de l'héritier si aucun obstacle matériel n'empêche ce dernier d'y recourir.

Enfin, le régime des impôts étant lié à l'intérêt de l'État, le *quantum* des droits de succession sera déterminé en principe par la loi de chacun des pays où sont situés, réellement ou fictivement, les biens du défunt; et c'est au fisc de ce pays qu'ils devront être acquittés.

Presque toutes les conventions consulaires, disons-le en terminant, ainsi qu'un grand nombre de traités d'amitié et de commerce conclus par la France, confèrent aux consuls des Puissances contractantes des

attributions importantes dont l'objet est d'assurer le respect des droits des héritiers laissés par leurs nationaux décédés. Ces attributions sont ordinairement relatives à l'apposition et à la levée des scellés, à la confection d'un inventaire, à l'administration et à la liquidation de la succession, à la vente des objets mobiliers, au règlement du passif, etc.

Section III. — *Des testaments.*

Il n'est pas rare que le *de cujus* fasse son testament hors de sa patrie, que ce testament porte sur des biens situés sur un territoire étranger, enfin qu'une ou plusieurs personnes de personnalité étrangère soient appelées à en recueillir le bénéfice. De là naissent des conflits. Nous examinerons l'un après l'autre ceux qui concernent la capacité du testateur et celle du légataire, les formes extérieures du testament, enfin ses effets.

Capacité du testateur et du légataire. — Le testateur doit être capable de disposer, le légataire capable de recueillir, chacun d'après sa loi personnelle.

L'Anglais mineur de vingt et un ans, domicilié en Angleterre, ne pourra tester en France; au contraire, le sujet espagnol, âgé de plus de quatorze ans, pourra, valablement et pleinement, exprimer ses dernières volontés, bien que la loi française fixe à seize ans l'âge compétent pour tester et, même après cet âge, n'accorde au mineur de vingt et un ans qu'un droit de disposition restreint.

De même l'Espagnol prodigue, la femme californienne non autorisée de son mari, auxquels les lois de leurs pays, différant en cela de la loi française, interdisent de tester, ne seront pas admis à faire sur le sol français une libéralité testamentaire.

Enfin le mineur autrichien de dix-huit ans qui veut tester en pays étranger devra, si cela lui est possible, recourir à l'intervention de la justice locale ou à celle d'un notaire; c'est en effet pour protéger le mineur, pour le défendre contre des entraînements possibles, que l'article 569 du Code civil d'Autriche exige cette intervention; il y a là non pas une simple condition de forme à laquelle la règle *Locus regit actum* serait applicable, mais une question de capacité qui est du domaine de la loi personnelle du testateur.

Et cette règle générale, qui soumet la capacité du testateur étranger à la loi de son pays, s'applique, alors même que le bénéficiaire de la disposition serait Français et que le bien sur lequel elle porte serait situé en France; mais il va sans dire qu'elle ne peut prévaloir sur l'*ordre public international* français. Par exemple, les religieux cloîtrés espagnols feront en France un testament que nos tribunaux tiendront pour valable, bien que la législation espagnole le prohibe. Mais d'autre part, nous estimons que l'incapacité qui résulte de la mort civile prononcée contre l'étranger par sa juridiction nationale, invalidera le testament fait par le condamné même sur notre territoire. En effet, si le principe de la mort civile est aujourd'hui réputé en France contraire à l'*ordre public international,* il n'en est pas ainsi de toutes les conséquences qui en découlent, notamment de l'incapacité de tester : ce qui le prouve, c'est que la loi française du 31 mai 1854 édicte une incapacité semblable contre les personnes frappées par nos tribunaux d'une peine afflictive perpétuelle.

Quand il s'agit de déterminer la capacité requise chez le légataire, c'est aussi sa loi personnelle qu'il faut considérer d'une manière exclusive, dans la mesure où l'*ordre public international* le permet.

Ainsi sera valable en France le legs fait au profit d'un enfant anglais simplement conçu, même s'il ne naît pas viable, ou de l'enfant, même non encore conçu, qui naîtra à l'avenir d'un Italien, vivant lors du décès du testateur; et l'étranger ne pourra échapper à l'incapacité de recueillir qui résulte pour lui d'une condamnation pénale encourue dans son pays.

Mais d'autre part, les personnes morales de la nature indiquée à l'article 910 du Code civil ne pourront, si elles sont de création étrangère, mais reconnues en France, exciper de la loi dont elles relèvent en admettant qu'elles aient une loi personnelle, pour se soustraire à la nécessité de l'autorisation à laquelle ce texte subordonne l'acceptation d'une libéralité faite en faveur des établissements français. Cette autorisation, en effet, est exigée dans une vue d'intérêt social; elle a pour objet de mettre obstacle au rétablissement de la mainmorte. L'article 910 est d'*ordre public international.*

C'est encore une raison d'*ordre public international* qui nous fera valider en France le legs fait à un étranger, que sa loi personnelle constitue incapable pour cause d'hérésie, par exemple.

Jusqu'ici nous n'avons parlé que des incapacités absolues, c'est-à-dire de celles qui constituent la personne incapable de disposer ou de recevoir au profit de toute personne. Les mêmes principes gouvernent les incapacités relatives, c'est-à-dire celles qui se limitent aux rapports de certaines personnes désignées. Ces incapacités ont ce caractère particulier qu'elles sont toujours doubles : en effet, toute incapacité de disposer au profit d'une autre personne rend par cela même cette dernière incapable de recevoir.

Un pupille français fait, avant l'apurement du compte de tutelle, un legs à son tuteur, que nous supposons de nationalité anglaise. Ce legs ne sera pas valable, comme émanant d'un incapable, et bien que la loi personnelle du tuteur ne frappe ce dernier d'aucune incapacité de recevoir. En sens inverse, le tuteur français ne pourra rien recevoir, même à l'étranger, de son pupille anglais : si en effet ce dernier est pleinement capable, d'après la loi anglaise, de gratifier son tuteur, celui-ci ne peut rien recevoir, aux termes de la loi française qui seule régit sa capacité. Même solution, dans le cas où la libéralité aurait été faite par un malade français au profit d'un médecin ou d'un prêtre étranger, et *vice versa.* Il faudrait aussi annuler le legs fait par un Italien au profit d'un notaire, même Français, qui aurait dressé acte de ses dernières volontés. Si ce dernier est capable de recevoir d'après la loi française, le *de cujus* n'a pu valablement disposer, suivant sa loi personnelle.

L'étranger pourra-t-il, si sa loi personnelle l'y autorise, léguer à son enfant naturel français une part supérieure à celle que la loi de la succession — et nous rappelons que cette loi est celle du *de cujus* — attribuerait *ab intestat* à l'enfant légitime le moins prenant avec lequel il se trouve en concours? Non, car, si le testateur étranger est capable de léguer, le légataire français est incapable de recevoir.

Formes du testament. — La règle applicable à la solution des conflits qui se rapportent à la forme du testament est la règle *Locus regit actum*, tempérée par le droit qui appartient au testateur de préférer aux formes locales celles dont sa loi nationale autorise l'emploi.

Un Français en Angleterre pourra donc recourir aux formes admises pour le testament par la loi anglaise, c'est-à-dire écrire ses dernières volontés en présence de deux témoins; il pourra tester verbalement en Espagne, en la forme mystique ou olographe, dans les pays

où ces modes sont admis, conformément à la *lex loci*. Mais d'autre part, il pourra préférer les formes françaises. Aucun obstacle de droit ne l'empêchera de tester soit en la forme olographe, soit en la forme authentique ou mystique consacrée par la loi française sur un territoire étranger, si en fait il lui est possible d'employer une de ces formes. L'article 999 du Code civil ne dit pas autre chose : « Un Français, qui se trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit par l'article 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé ».

Si le testateur français sait écrire, rien ne lui sera plus facile que de faire un testament olographe, dans les termes de l'article 970 du Code civil, en pays étranger; mais s'il est illettré et que, d'autre part, il n'existe pas dans le pays d'officier public ayant compétence ou bonne volonté pour recevoir son testament, il se trouvera fort embarrassé. Pourra-t-il dans ce cas faire appel à l'intervention de nos agents consulaires? L'article 24 (L. I, tit. IX) de l'ordonnance de 1681 sur la marine répondait affirmativement : « Les testaments reçus par le chancelier dans l'étendue du consulat, en présence du consul et de deux témoins, et signés d'eux, seront réputés solennels. » Le Code civil n'ayant pas reproduit cette disposition, on s'est demandé si elle n'a pas cessé d'être en vigueur.

Une première opinion se prononce pour l'incompétence des agents consulaires français; elle s'appuie, d'une part, sur l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, qui abroge les anciennes ordonnances dans toutes les matières qui font l'objet du Code civil, de l'autre, sur le silence que ce Code a gardé sur le point qui nous occupe.

Dans un second système, on professe que l'ordonnance de 1681 n'a pas cessé d'être en vigueur, aussi bien au point de vue de la compétence des chanceliers de nos consulats qu'au point de vue des règles de forme applicables à la rédaction des testaments. Le Code civil, dit-on, n'a pas abrogé l'ordonnance de 1681 et ne contient aucune règle qui ne puisse être conciliée avec son maintien; cette ordonnance demeure donc debout. *Legi speciali per generalem non derogatur.*

Enfin une troisième opinion, qui a pour elle l'autorité de la Cour de cassation, reconnaît, comme la précédente, que l'ordonnance de 1681 doit encore être appliquée, mais seulement en ce qui concerne la compétence de l'agent. Quant aux règles de formes écrites dans l'article 24, il est nécessaire de les compléter par le droit commun. Ainsi

il ne suffira pas que le testament ait été reçu par le chancelier en présence du consul et de deux témoins : il faudra de plus, pour que ce testament soit valable, qu'il ait été dicté, écrit et lu, de la manière indiquée par l'article 972 du Code civil. En d'autres termes, l'agent consulaire joue, sur le territoire étranger où il exerce ses fonctions, le rôle qui est réservé au notaire en France; mais, comme ce dernier, il est tenu de se conformer aux prescriptions auxquelles la loi française subordonne la validité des actes qu'il reçoit [1].

Cette dernière doctrine se concilie à merveille avec l'article 48 du Code civil; nous l'acceptons volontiers. Un grand nombre de conventions conclues par la France avec diverses Puissances étrangères ont d'ailleurs reconnu la compétence de leurs consuls respectifs pour la rédaction des testaments faits par nos nationaux à l'étranger, par des étrangers en France.

L'étranger qui veut tester en France peut donc, dans le cas où sa loi personnelle ou les traités conclus par sa nation l'y autorisent, recourir aux formes authentiques usitées dans son pays, grâce à l'intervention des agents consulaires de ce pays; il peut aussi faire chez nous son testament en la forme sous seing privé, de la manière prescrite par sa loi personnelle. D'autre part, s'il le préfère, il lui est loisible de tester dans les formes françaises; la règle *Locus regit actum* lui en donne le droit; et le testament, ainsi fait en la forme olographe, authentique ou mystique, sera pleinement valable, pourvu qu'il satisfasse aux conditions exigées par le Code civil.

Ajoutons que, si la jurisprudence voit une règle de forme dans l'article 968 qui prohibe le testament conjonctif, et n'hésite pas à appliquer aux dispositions de ce genre la règle *Locus regit actum*, elle paraît exiger en revanche que le testateur français qui veut assurer son effet à un premier testament entaché de nullité en reproduise *intégralement* les dispositions dans le testament confirmatif (C. civ., art. 1338), alors même que ce testament aurait été passé dans un pays où, comme en Espagne, « un testament en bonne forme suffit pour faire considérer comme y étant textuellement insérées, par un renvoi général, les dispositions faites par un écrit, séparé, pourvu qu'il soit signé du testateur ». La condition imposée par la loi française étant supérieure à la forme et d'ordre

[1] Cass., 20 mars 1883 (*J. P.*, 1883, p. 610, notre *a*); 3 juin 1891 et 23 janvier 1893 (*Pand. fr. pér.*, 93. 5. 27).

public, le Français doit s'y soumettre, même hors de France[1].

Effets des dispositions testamentaires. — Passons à l'examen des conflits internationaux, qui sont relatifs aux effets du testament.

Ici c'est l'*autonomie de la volonté* qui tient la première place. Le testateur est maître de disposer de sa fortune comme il l'entend. Rien ne l'empêche, pour le cas où il subsisterait, dans l'expression de ses dernières volontés, quelque lacune ou quelque obscurité, d'indiquer la législation qui devra servir à les interpréter. Mais si aucune indication de ce genre ne se trouve dans le testament, tout porte à croire que le *de cujus* s'en est rapporté à sa loi personnelle, dont les dispositions lui sont familières. C'est donc d'après la loi française que devront être appréciés, à moins d'une volonté contraire formellement exprimée, la substance du testament laissé par un Français, les droits des légataires, même si le bénéficiaire est un étranger, même si les biens compris dans le legs sont immeubles et situés hors de France. Et réciproquement.

Mais ni la volonté du testateur, ni la loi qui l'interprète, ne peuvent porter atteinte à l'*ordre public international* du pays où elles doivent produire leur effet. Le testament d'un étranger ne saurait établir sur le territoire français une substitution prohibée; cela est de toute évidence. Une exception semblable protège-t-elle chez nous la réserve établie par nos lois au profit de certains héritiers, à l'encontre d'un testament fait par un étranger? Nous ne le croyons pas. La réserve n'est autre chose qu'une part de la succession *ab intestat* que le législateur a cru devoir défendre contre les libéralités exagérées du défunt français, dans l'intérêt de sa famille; mais il n'a aucun droit à s'immiscer dans le règlement des intérêts privés d'une famille étrangère, qui échappent à ses lois; les biens réservés n'ont aucune destination publique.

Les tribunaux français devront donc, dans l'appréciation des dernières volontés d'une personne étrangère, tenir un compte exclusif des lois sur la réserve et sur la quotité disponible auxquelles elle est personnellement soumise, quelles que soient la situation des biens légués et la nationalité du légataire ou de l'héritier; de même que les lois françaises sur la réserve restreindront à l'étranger le droit de disposi-

[1] Riom, 19 juillet 1871, sous Cass. req., 5 février 1873 (Sirey, 1873. 1. 107).

tion de nos nationaux expatriés. Mais nous sommes obligé de reconnaître que la jurisprudence résiste à cette solution.

SECTION IV. — *Du partage.*

La première question à résoudre est celle de savoir si le partage peut être demandé.

Un *de cujus* italien, qui compte un mineur au nombre de ses successibles, a, par une clause de son testament, défendu, ainsi que sa loi nationale le lui permet (C. civ., art. 984), de procéder au partage avant la fin de l'année qui suivra la majorité de l'héritier incapable. Les biens indivis sont, par hypothèse, situés en France. La volonté exprimée par le testateur produira-t-elle ses effets relativement à ces biens et fera-t-elle échec à la règle générale, posée dans l'article 815 du Code civil français, et dont il résulte que *nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision?* On pourrait être tenté de le soutenir, en s'appuyant sur l'*autonomie de la volonté* du *de cujus*. Mais cette autonomie, si elle s'est affirmée dans les limites où la loi nationale du testateur lui permet de s'exercer, ne peut aller contre l'*ordre public international* du pays où ses conséquences doivent se réaliser. Or, il est facile de voir que l'article 815 du Code civil est motivé par l'intérêt général, qui souffre des entraves apportées par l'indivision à la culture, à l'amélioration, à la libre circulation des biens. Un testament étranger ne saurait prévaloir contre une disposition de cette nature.

Ce que nous disons de la volonté du testateur n'est pas moins vrai de celle des copropriétaires eux-mêmes. Quoique appartenant tous à la nationalité italienne, ils ne pourront stipuler que les biens qui leur sont échus en France resteront indivis pendant dix ans. Cette stipulation, valable suivant la loi italienne (C. civ., art. 681), se heurte à la prohibition du Code français qui limite à cinq ans, sauf renouvellement, la durée de l'indivision convenue.

Le partage a lieu. Il s'analyse, au moins en fait, en un contrat d'échange intervenu entre les copropriétaires indivis. Aussi est-ce par application des principes que nous avons exposés pour les difficultés internationales qui naissent des conventions que seront en général résolus les conflits de loi qui s'y rattachent.

Capacité des copartageants. — La capacité requise chez chacun des copartageants est donc mesurée par la loi nationale qui régit sa

condition. C'est la loi française qui détermine quelle est la capacité du mineur français et de son tuteur, de la femme mariée française, pour prendre part aux opérations du partage. Les articles 466 et 840 du Code civil déclarent simplement *provisionnel*, c'est-à-dire limité à la jouissance, le partage auquel il a été procédé par les représentants du mineur, en dehors des règles protectrices écrites dans la loi. De droit commun, ce partage devrait être nul; mais son entière annulation léserait tant d'intérêts que le législateur a préféré lui conserver certains effets, en restreignant l'étendue de l'incapacité du mineur. Cette restriction est évidemment de statut personnel; elle suivrait le mineur français en pays étranger : le partage effectué en dehors des prescriptions légales vaudrait pour lui comme partage provisionnel, même sur un territoire où leur violation entraîne la nullité au profit de l'incapable. Mais en sens inverse, un mineur, dont la loi personnelle ne connaît pas de partage provisionnel, pourra-t-il demander en France l'annulation du partage opéré indûment par son tuteur sur les biens qui y sont situés? La solution négative s'impose, suivant nous. C'est qu'en effet l'institution du partage provisionnel n'a pas seulement pour objet de pourvoir aux intérêts particuliers de l'incapable; son but principal est, en sauvant de la nullité les actes d'administration faits par les copartageants sur les biens tombés provisoirement dans leur lot, d'assurer la sécurité des transactions, d'empêcher des recours incessants et ruineux. L'intérêt public exige donc que la loi étrangère dont dépend l'incapable, cède à la loi française.

Formes du partage. — Les formes du partage seront nécessairement celles usitées au lieu où il y est procédé, en vertu de la règle *Locus regit actum*, si les parties ne ressortissent pas au même État, ou encore si, l'une d'elles étant incapable, l'intervention de la justice aux opérations est requise; si, au contraire, les copartageants sont tous de même nationalité et maîtres de leurs droits, ils peuvent à leur gré recourir soit aux formes admises par leur législation personnelle, soit aux formes locales. Ainsi le veulent les principes généraux.

Rapports. — Quant à l'obligation de rapporter, lors du partage de la succession, les dons et legs dont les héritiers ont pu être gratifiés par le *de cujus*, c'est la loi de ce dernier qui en détermine l'étendue et les effets. En effet, c'est sur sa volonté présumée qu'elle repose

dans notre droit, puisqu'il lui est permis d'en affranchir ses héritiers par une *clause de préciput*, et la loi qui était sa loi personnelle à l'époque où sa libéralité a produit ses effets peut seule fournir une interprétation raisonnable de cette volonté.

Dès avant la loi du 24 mars 1898, le légataire, même Français, d'un Italien aurait été dispensé du rapport, encore que la succession se fût ouverte en France. Au contraire, l'Italien, légataire d'un Français, aurait dû laisser dans la masse partageable les biens à lui légués, puisque le Code français de 1804, à la différence du Code italien, ne voyait pas dans toute libéralité testamentaire une dispense implicite de rapport [1]. Aujourd'hui encore, le père espagnol ne pourrait donner à sa fille, même française, en vue de son mariage et *par préciput*, la portion disponible de son patrimoine; et cette prohibition de la loi espagnole fera, selon nous, obstacle à la validité de la donation, même sur les immeubles situés en France.

D'ailleurs l'application de cette règle est restreinte par l'*ordre public international* du pays où elle est invoquée. Un Français a donné entre-vifs à l'un de ses successibles en ligne directe un immeuble situé en Italie. Sa succession s'ouvre et l'héritier donataire est tenu d'effectuer le rapport. Si l'immeuble donné est resté entre ses mains franc et quitte de toute charge réelle, la loi française pourra être appliquée sans difficulté; le rapport se fera en nature, car la *lex rei sitæ* s'accorde sur ce point avec la loi personnelle du *de cujus;* cette dernière ne compromet donc en Italie aucun intérêt d'*ordre public international*. Supposons maintenant que le donataire ait grevé l'immeuble sujet à rapport d'un droit d'hypothèque au profit d'un tiers. Si la loi française devait encore régler les conditions de ce rapport, il faudrait dire que l'immeuble rentre dans la masse partageable libre de toute hypothèque, que celle constituée par le donataire s'éteint conformément à l'article 865 du Code civil et à l'adage : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Cette extinction éventuelle porte une atteinte grave au crédit du donataire, avec lequel les tiers hésiteront à bon droit à traiter; elle fait disparaître la sécurité des transactions, au grand détriment des intérêts économiques du pays. Telles sont les raisons qui ont décidé le législateur italien à renoncer au système français; il maintient les hypothèques dont l'immeuble est

[1] La loi du 24 mars 1898 a heureusement modifié sur ce point la disposition de l'article 843 du Code civil en décidant que « les legs faits à un héritier sont réputés faits par préciput ou hors part ».

grevé du chef du donataire, et dispose en conséquence que cet immeuble doit être rapporté par imputation, c'est-à-dire en moins prenant (C. civ. ital., art. 1016). Cette règle dérivant de l'intérêt général italien, il est certain qu'elle doit être appliquée au rapport d'immeubles même dépendant d'une succession française, lorsqu'ils sont situés en Italie.

Effets du partage. — Enfin, les effets du partage sont régis par la loi à laquelle les copartageants se sont soumis en y procédant.

A moins de stipulation formelle, ce sera donc la loi commune à tous, s'ils sont nationaux du même État, sinon la loi du lieu où le partage se fait, qui devra être consultée. Il en sera ainsi pour la confection et pour la répartition des lots, pour les recours des copartageants entre eux, pour la rescision du partage en cas de lésion.

Mais ici encore nous retrouvons la restriction ordinaire, celle qui résulte de l'*ordre public international*. Supposons que, dans un partage de succession intervenu en France, soient compris des immeubles situés en Espagne; si les effets de ce partage doivent être exclusivement gouvernés par la loi française, les immeubles partagés seront réputés avoir appartenu divisément à l'héritier dans le lot duquel ils ont été mis, à compter du jour de l'ouverture de la succession (C. civ., art. 883); il en résultera que les droits consentis dans l'intervalle sur ces immeubles par les autres héritiers tomberont, en même temps que leur copropriété indivise; de là des procès sans nombre, qui peuvent sembler préjudiciables à la paix publique : aussi comprend-on que la loi espagnole s'en soit tenue au système du droit romain en déclarant le partage simplement *translatif de propriété*; et il est probable que les tribunaux d'Espagne verraient dans cette règle une disposition d'*ordre public international*. Chose singulière! c'est également par des motifs d'*ordre public international* que les juges français soumettraient à la règle écrite dans l'article 883 du Code civil le partage convenu en Espagne et portant sur des immeubles français. En effet, la fiction du partage déclaratif a été introduite dans notre droit, en vue de prévenir entre les héritiers des actions récursoires nuisibles à l'harmonie qui doit régner entre eux, c'est-à-dire dans un intérêt public, contre lequel une loi étrangère ne peut prévaloir. Ainsi la même règle de droit inspirée en France par l'intérêt de l'État, est réputée en Espagne contraire à l'ordre public. *Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà.*

APPENDICE

Conflits de lois relatifs aux personnes morales.

Ce n'est pas seulement, nous l'avons vu, aux personnes physiques étrangères qu'il appartient d'exercer des droits sur le territoire français. Les personnes morales créées hors de nos frontières, peuvent elles aussi, sous certaines conditions de reconnaissance, y être investies d'un droit de propriété, d'un droit de créance, d'un droit intellectuel. Mais ces droits, d'après quelles lois seront-ils appréciés. Est-ce toujours la loi française, loi du lieu où ils sont exercés, qui en déterminera la nature et qui en mesurera l'étendue? ou bien la personne morale étrangère pourra-t-elle se prévaloir, comme une personne physique, de sa loi nationale, c'est-à-dire de celle qui a présidé à sa naissance ?

C'est par l'examen de cette question importante que nous terminerons notre étude sur le conflit des lois.

Et d'abord pour qu'elle puisse être soulevée, nous devons supposer que l'être fictif qui demande à agir en France jouit, dans le pays où il a été organisé, de la personnalité civile, qu'il a été régulièrement constitué. Et ce point ne peut être jugé que conformément à la loi étrangère. Une société commerciale de formation étrangère, ne pourra sans aucun doute invoquer en France les droits d'une personne, si cette qualité lui est refusée par la loi de son origine, soit pour cause d'inobservation de certaines prescriptions légales, soit pour toute autre raison. Mais la réciproque n'est pas vraie d'une manière absolue. Une société valablement formée en pays étranger, et y étant revêtue de l'individualité juridique, ne sera pas admise à en réclamer le bénéfice sur le sol français, si son but est contraire à l'*ordre public international*, si par exemple elle a pour objet la contrebande, l'exploitation de loteries non autorisées, etc. Admettons qu'il n'en soit pas ainsi. La personne morale, légalement existante en pays étranger, reconnue en France, et ne poursuivant pas des vues opposées à l'intérêt général de l'État français, a-t-elle une loi personnelle, dont elle puisse invoquer les dispositions devant nos tribunaux, même lorsque la loi française s'en est écartée, pour des motifs étrangers à l'*ordre public international?* M. Laurent ne le croit pas. « Par elles-mêmes,

dit-il, les corporations n'existent pas à l'étranger, bien qu'elles aient une existence légale là où elles ont été créées. Elles n'existent que si elles sont reconnues par la loi du pays où elles veulent exercer un droit : si c'est la loi territoriale qui leur donne l'existence à l'étranger, c'est aussi cette loi qui détermine l'étendue des droits qu'elle leur reconnaît. Ces droits forment par conséquent un statut réel. L'intérêt social est engagé dans le débat. Cela est décisif. C'est donc la loi du pays, où les corporations étrangères agissent, qui définira et limitera leurs droits; ce qui aboutit à la conclusion que les corporations étrangères jouissent des droits qui sont reconnus aux corporations analogues du pays[1] ».

Nous ne pouvons, à notre grand regret, partager sur ce point la doctrine enseignée par l'illustre professeur de Gand. L'argument sur lequel il la fonde revient, si nous l'avons bien compris, à dire que la personne morale reconnue par un Gouvernement étranger perd en quelque façon l'étiquette de son origine, et devient, par une sorte de naturalisation, la nationale de ce Gouvernement, qui dès lors a le droit de lui dicter des lois, comme à tous ses sujets. N'y a-t-il pas là une confusion ? M. Laurent nous paraît s'être mépris sur le caractère de la reconnaissance obtenue par une personne morale hors de son pays d'origine. Cette reconnaissance, qui lui est nécessaire pour qu'elle puisse exercer ses droits sur un territoire étranger, ne la crée pas, ne lui donne, ni une personnalité qui lui était déjà acquise, ni une nationalité nouvelle; elle se borne à lui permettre d'exercer ses droits loin du lieu de sa naissance. Elle est aussi distincte d'une naturalisation que peut l'être l'admission à domicile accordée en France à un sujet étranger, et dont l'effet n'est jamais de changer son statut personnel.

Sans doute il y a une grande différence entre la personne physique et la personne morale étrangère. L'une, création de la nature, peut réclamer en tous lieux, sans autorisation spéciale, les facultés qu'elle en a reçues, tandis que l'autre, création d'une loi limitée dans l'espace quant à ses effets, ne peut agir, en dehors du territoire que cette loi régit, qu'en vertu d'une reconnaissance de l'autorité étrangère. Mais cette différence n'a trait qu'à la jouissance même du droit; elle ne touche pas au mode suivant lequel il pourra être exercé.

Quant à nous, d'accord avec la presque unanimité des auteurs,

[1] Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 262.

nous préférons rattacher en principe à la loi sous l'empire de laquelle elles ont pris naissance, l'exercice des droits que les personnes morales étrangères reconnues en France peuvent invoquer chez nous. C'est cette loi qui, en les organisant en vue d'un but déterminé, a pu le mieux apprécier, en connaissance de cause, les droits qui leur sont nécessaires pour l'atteindre, et ce n'est qu'autant que l'intérêt public pourrait se trouver compromis par ses dispositions, que la loi française devra l'emporter sur elle.

Par application de cette idée, nous ne dénierons pas aux personnes morales étrangères, capables d'après la loi de leur pays d'origine, la faculté, qui appartient à tout étranger, d'être titulaires d'un droit réel, d'un droit d'obligation ou d'un droit intellectuel.

Si donc la loi étrangère leur permet d'acquérir un droit d'usufruit, elles le pourront en France; et la durée de cet usufruit sera fixée en principe par la loi qui gouverne leur existence, pourvu que cette durée soit inférieure au délai *maximum* de trente ans, dans lequel la loi française, obéissant à des considérations économiques, a renfermé l'usufruit des personnes morales; nous avons déjà indiqué cette restriction.

De même, l'hypothèque légale attribuée par la loi étrangère à un établissement public non français, sur les biens de ses comptables, grèvera les immeubles appartenant à ces derniers sur le sol français, et elle les grèvera de la manière déterminée par cette loi, pourvu que le régime de la propriété foncière et le crédit public soient à l'abri de toute atteinte. La loi étrangère soumet-elle cette hypothèque à la spécialité, elle n'affectera pas en France tous les immeubles présents et à venir du débiteur, en dépit de l'article 2122 du Code civil; mais d'autre part, elle ne pourra se soustraire chez nous, quelles que soient à cet égard les dispositions en vigueur à l'étranger, à la publicité à laquelle l'hypothèque légale des établissements publics est assujettie en France dans l'intérêt général.

La personne morale étrangère recevra valablement des dons et legs, pourvu qu'elle y soit habilitée par sa loi nationale. Si donc cette loi exige une autorisation administrative, elle sera tenue d'en justifier, même en France. Mais cette autorisation ne lui suffira pas toujours; et il sera souvent nécessaire d'y joindre celle qui est prescrite par l'article 910 du Code civil, et qui est, comme nous l'avons dit plus haut, d'*ordre public international*[1].

[1] V. ci-dessus, p. 582.

La Cour de cassation de Belgique a fait, il y a quelques années, une application intéressante de notre doctrine. La marque de la régie française qui a, chez nous, le monopole exclusif de la fabrication du tabac, avait été contrefaite en Belgique. L'administration porta plainte, en s'appuyant sur l'article 191 du Code pénal belge, qui réprime l'apposition, sur les objets fabriqués, du nom d'un fabricant autre que celui qui en est le véritable auteur; et elle obtint gain de cause. Sa prétention aurait sans doute été rejetée si la juridiction appelée à en connaître avait rattaché au statut réel l'appréciation des droits de l'État français. En effet, en Belgique, la fabrication du tabac n'est l'objet d'aucun monopole officiel; par conséquent, il eût fallu refuser à l'État voisin un droit que l'administration belge n'aurait pu exercer. La solution contraire suppose la reconnaissance à l'État français, personne morale étrangère, d'un statut personnel différent de la loi locale[1].

Toute personne morale a donc une loi personnelle qui la suit même dans les opérations qu'elle peut faire en pays étranger, et cette règle s'applique aussi bien aux sociétés commerciales qu'à l'État et aux établissements publics.

En ce qui touche les sociétés étrangères autorisées par le Gouvernement à opérer en France, conformément à la loi du 30 mai 1857, on pourrait objecter à notre solution l'article 1er de cette loi, qui permet aux sociétés dont elle s'occupe « d'exercer leurs droits en France, *en se conformant aux lois de l'Empire* ». Mais ce texte nous paraît devoir être combiné avec les principes généraux du droit international privé. Ce serait une rigueur injustifiable que d'imposer à des sociétés étrangères, déjà soumises peut-être, dans leur pays d'origine, à des prescriptions nombreuses, l'observation complète de toutes les lois françaises qui régissent la matière. Il ne peut donc être question ici que des dispositions d'*ordre public international* et de celles que le législateur français a expressément appliquées aux sociétés étrangères.

Telles sont, en dehors du droit commun, les lois relatives à la négociation des valeurs étrangères en France, et aux droits fiscaux qui les grèvent; telle est l'obligation de payer patente; tel est encore l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 qui punit, comme constituant des faits d'escroquerie, certains actes ayant eu pour objet d'obtenir, par des moyens frauduleux, des souscriptions ou des versements, ou encore

[1] Bruxelles, 26 décembre 1876 (*Pasicrisie*, 1877. 1. 54).

d'opérer entre les actionnaires la répartition des dividendes fictifs. La jurisprudence prête à l'article 1er de la loi de 1857, aux décrets et aux traités qui l'ont appliqué aux sociétés des divers États, le sens restrictif que nous lui attribuons nous-mêmes : nous relevons dans un arrêt de la Cour de Paris du 22 février 1866, le considérant suivant : « L'obligation de se conformer aux lois françaises n'a trait qu'aux lois générales de police et de sûreté, à celles qui régissent la propriété immobilière et les formes de procédure, mais non aux lois particulières qui règlent dans chaque pays la constitution même des associations industrielles et commerciales[1]. »

[1] *Gazette des tribunaux* du 9 mars 1866.

LIVRE QUATRIÈME

COMPÉTENCE, PROCÉDURE, JUGEMENTS[1].

Nous avons, dans les deux Livres qui précèdent, déterminé la nature et l'étendue des droits que l'étranger peut prétendre, et des obligations qui lui incombent, en dehors du territoire de sa patrie; nous savons d'après quelle législation ces droits et ces obligations doivent être appréciés.

Il nous faut maintenant rechercher s'ils ne sont pas dénués de sanctions, si le Français, créancier d'un étranger, est en état d'exiger, par les voies judiciaires, l'exécution de l'obligation dont ce dernier est tenu vis-à-vis de lui; si, d'autre part, l'étranger, dont le droit est méconnu ou contesté, peut obtenir justice des tribunaux institués dans notre pays, soit contre un Français, soit contre un autre étranger; enfin si les décisions des juridictions étrangères sont susceptibles de produire leurs effets en France, et à quelles conditions.

C'est à ces diverses questions que viennent répondre les trois premiers chapitres contenus dans ce Livre. Le quatrième sera consacré à l'étude des difficultés internationales auxquelles la faillite donne naissance.

[1] Bonfils, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, Paris, 1863; Gerbaut, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers en matière civile et commerciale*, Nancy, 1882; F. Moreau, *Effets internationaux des jugements en matière civile et commerciale*, Paris, 1884; Christian Daguin, *De l'autorité et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale en France et dans les divers pays*, Paris, 1887.

tial à l'égard des demandeurs étrangers, auxquels l'article 15 lui donne le droit de rendre justice? L'impartialité ne saurait être le monopole exclusif de la magistrature française; et, du moment que nous lui laissons le soin d'apprécier les plaintes dirigées par un étranger. contre un de nos nationaux, il n'est que juste et courtois de reconnaître un droit égal aux tribunaux étrangers, dans les contestations qui peuvent mettre aux prises un créancier français et un débiteur étranger.

Et même, si nous faisons abstraction des raisons d'équité qui justifient cette manière de voir, il est facile de montrer qu'elle est favorable à l'intérêt bien entendu des Français. Souvent, en effet, les nations étrangères retourneront contre eux, *par voie de rétorsion*, la compétence exceptionnelle que la loi française édicte contre les étrangers, et permettront d'assigner nos nationaux, même résidant en France, devant les juridictions étrangères, contrairement à la règle *Actor sequitur forum rei*. Ce droit de rétorsion est notamment invoqué par la jurisprudence italienne; elle refuse de même l'*exequatur* en Italie à toute décision des tribunaux français rendue contre un sujet italien, en vertu de l'article 14.

Est-il vrai, d'autre part, que l'application du droit commun de la compétence à l'étranger lui créerait, au détriment du Français, une situation privilégiée? Nous avons peine à comprendre qu'il puisse en être ainsi. L'article 15 du Code civil, en permettant à l'étranger d'actionner un Français devant le tribunal français, ne fait le plus souvent qu'appliquer à ce Français la règle générale écrite dans l'article 59, § 1 du Code civil français. A ce point de vue, la situation du demandeur étranger est égale à celle qui sera faite au demandeur français; il ne jouit d'aucun privilège. Quel besoin y a-t-il dès lors de rétablir une égalité qui n'a pas été rompue, et d'enlever à l'étranger défendeur la protection du droit commun qui n'est pas refusée à l'étranger demandeur? A vrai dire, l'article 14 ne fait pas disparaître un privilège de l'étranger; il en crée un au profit du Français.

Dira-t-on encore que le débiteur étranger s'est, par cela même qu'il a contracté une obligation envers un Français, tacitement engagé à répondre devant les tribunaux français de son inexécution? Mais la première condition pour qu'un engagement puisse produire ses effets, c'est qu'aucun doute ne puisse planer sur son existence. Or, dans notre hypothèse, l'étranger n'a pas le moins du monde renoncé expressément à la juridiction de ses juges naturels; si telle avait été son

intention, il n'eût pas manqué de le dire, ou tout au moins d'élire domicile en France. Personne ne doute d'ailleurs que le Français ne puisse invoquer le bénéfice de l'article 14, alors même que l'étranger, en traitant avec lui, aurait ignoré sa nationalité.

Il ne reste donc rien des motifs allégués à l'appui de l'article 14 du Code civil. L'équité, les principes du droit, l'intérêt des nationaux français eux-mêmes, s'accordent à réclamer son abrogation. Quoi qu'il en soit, le privilège qu'il consacre existe encore dans nos lois : dès lors il est nécessaire d'en étudier le fonctionnement.

Nous rechercherons successivement :

1° Par quelles personnes l'article 14 du Code civil peut être invoqué.

2° A quelles personnes il peut être opposé.

3° A quelles contestations il s'applique.

4° Quels sont ses effets.

5° Enfin, si l'ordre public est intéressé à son application.

1° *Par quelles personnes l'article 14 du Code civil peut-il être invoqué?*

Le privilège de juridiction établi par l'article 14 du Code civil appartient *à tout créancier français* d'un débiteur étranger. Peu importe que ce créancier ait son domicile, sa résidence, en France ou à l'étranger! Peu importe que, étranger au jour de la naissance de l'obligation, il n'ait acquis que plus tard, avant les poursuites, la qualité de Français! Peu importe enfin qu'il soit personne physique ou personne morale! Mais on est d'accord pour voir dans le bénéfice de l'article 14 un *droit civil* qui, bien que réservé en principe aux nationaux français, peut être revendiqué par les étrangers admis, par un décret du Chef de l'État ou par un traité international, à la jouissance des droits civils en France, mais par ceux-là seulement.

Nous nous sommes jusqu'ici placé dans l'hypothèse où la créance, objet du procès, n'a cessé d'appartenir à la même personne; où le créancier, envers lequel l'étranger s'est obligé, est celui-là même qui l'actionne devant un tribunal français.

Mais il peut se faire qu'au créancier originaire ait été substitué, dans l'intervalle du fait générateur de l'obligation et de l'instance, un créancier nouveau, soit par l'effet d'une succession, soit par l'effet d'un transport, et que ce créancier nouveau n'ait pas la même nationalité que le premier.

Parcourons quelques espèces :

Un étranger souscrit au profit d'un autre étranger un effet transmissible par endossement, une lettre de change, un billet à ordre. Le porteur dispose de son titre au profit d'un Français ; puis, au jour de l'échéance, le débiteur refuse le paiement. Devant quel tribunal ce dernier sera-t-il valablement actionné? Nous n'hésitons pas à dire qu'il pourra l'être devant un tribunal français. « En effet, l'étranger qui a souscrit une lettre de change ou un billet à ordre au profit d'un autre étranger ne s'est pas seulement lié envers celui-ci : il s'est lié envers tous ceux au profit desquels son obligation pourrait être endossée. Il est, par conséquent, censé avoir contracté avec le Français qui, au moment de l'échéance de son obligation, s'en trouve porteur, et il est, par une conséquence ultérieure, soumis, de sa part, à toutes les poursuites, à toutes les contraintes, qu'un Français peut exercer contre un étranger [1] ».

Cette solution est communément admise par les auteurs ; mais ils ne s'entendent plus, lorsqu'il s'agit de l'appliquer au Français, héritier ou ayant cause, en dehors d'un endossement, d'un créancier étranger.

La raison de douter est qu'en principe un créancier ne peut aggraver par son fait la situation de son débiteur, et que, d'autre part, il ne peut transmettre à ses ayants cause des droits plus étendus que ceux qui résultent pour lui de l'obligation primitivement consentie. *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Or, le créancier originaire, qui était de nationalité étrangère, n'aurait pu poursuivre son débiteur que devant les tribunaux étrangers, et, si la cession consentie à un Français devait avoir pour effet de le soustraire à ses juges naturels, sa condition se trouverait empirée par le fait du cédant.

On peut objecter à ce système, qui refuse à l'héritier ou au cessionnaire français d'une créance le bénéfice de l'article 14, deux considérations qui, à notre avis, sont décisives. L'une est tirée de la généralité de notre texte qui, parlant du créancier français, ne fait aucune distinction entre le créancier originaire et celui dont le droit résulte d'une transmission ; la loi a voulu protéger le créancier français, au jour où il porte son droit en justice, quelle que soit la provenance de ce dernier. D'autre part, on ne saurait en principe consi-

[1] Merlin, *Questions de droit*, v° *Étranger*.

dérer une personne comme ayant un *droit acquis* à être jugée par tel ou tel tribunal. Qu'un débiteur vienne à changer de domicile, de droit commun ce sera le tribunal du domicile nouveau qui deviendra compétent pour connaître des poursuites dirigées contre lui, et le créancier ne serait pas reçu, à moins d'une élection formelle de domicile, à prétendre qu'il a un droit acquis à porter sa demande devant le tribunal du premier domicile. Il n'en serait pas autrement, dans le cas où une loi de procédure, modifiant les règles de compétence admises jusque-là, viendrait à remplacer une loi ancienne. Personne ne doute que la contestation qui naît d'une obligation contractée sous l'empire de cette dernière ne doive être jugée par la juridiction qui est compétente au regard de la loi nouvelle. Or, il n'y a pas de raison pour admettre en notre matière une règle différente et pour dire que le débiteur a un droit acquis à être jugé par le tribunal, qui aurait été saisi du procès, si la créance était restée sur la tête de celui au profit duquel elle est née.

Renversons l'hypothèse : Un Français, créancier d'un étranger, transmet ses droits à un autre étranger. Celui-ci pourra-t-il invoquer l'article 14 du Code civil, à l'effet de traduire le débiteur cédé devant les tribunaux français? La négative est évidente. L'article 14 en effet a pour but de protéger le créancier français contre les rigueurs et la partialité des juges étrangers : le Français est réputé avoir intérêt à être jugé en France. Mais il n'en est pas ainsi de l'étranger qui n'a aucune raison pour préférer la justice française à celle que l'on rend hors de nos frontières. Pourquoi dès lors déroger pour lui à la règle *Actor sequitur forum rei?* Et si le cessionnaire invoque les droits de son auteur, s'il prétend en avoir acquis le droit de saisir les tribunaux français de sa demande, nous lui répondrons que le privilège de l'article 14 est un *droit civil*, propre aux étrangers admis à la jouissance des droits civils, qu'il ne peut, pas plus que le droit de cité lui-même, dont il est un démembrement, faire l'objet d'une transmission héréditaire ou d'un trafic.

Ainsi, en résumé et pour conclure, c'est toujours au moment où l'instance s'engage que doit être apprécié le droit du demandeur à se prévaloir du bénéfice de l'article 14 du Code civil.

2° *A quelles personnes l'article 14 du Code civil peut-il être opposé?*

Le privilège de juridiction écrit dans l'article 14 peut être

invoqué contre tout débiteur, qui est étranger à l'instant où l'action vient à être intentée. Il est indifférent que la qualité de Français lui ait antérieurement appartenu et qu'il l'ait perdue, qu'il ait trouvé la dette dans la succession d'un Français, ou qu'elle soit née en sa personne; il n'y a pas davantage à distinguer entre les personnes physiques et les personnes morales étrangères.

Trois exceptions doivent cependant être apportées à la règle qui soumet le défendeur étranger à la compétence du tribunal français. Les deux premières concernent les souverains et gouvernements étrangers, ainsi que les agents diplomatiques qui les représentent en France; la troisième résulte de certaines conventions internationales.

Souverains et Gouvernements étrangers. — C'est une question célèbre que celle de savoir si un souverain étranger peut, en matière personnelle, être soumis à la juridiction de nos tribunaux. La jurisprudence semble l'avoir résolue par une distinction. Lorsque le souverain est actionné en France à raison d'un acte gouvernemental qu'il ne pouvait faire que comme souverain, le tribunal français est incompétent, parce qu'il est contraire à l'indépendance respective des États que les actes accomplis par leurs chefs, agissant comme tels, *jure imperii*, soient déférés au contrôle d'une autorité étrangère; et cela, alors même qu'il serait résulté de ces actes un préjudice pour les intérêts privés de tel ou tel de nos nationaux. Au contraire, si la poursuite dirigée contre le souverain étranger est d'ordre exclusivement privé, si c'est comme personne privée, *jure gestionis*, qu'il s'est obligé et qu'il est actionné, les tribunaux français connaîtront valablement du litige.

Mais, abstraction faite de la personne du souverain, un État, représenté par son gouvernement, peut-il être poursuivi devant les tribunaux français, à raison d'engagements qu'il aurait contractés vis-à-vis d'un de nos nationaux?

La Cour de cassation a été appelée à résoudre ce problème pour la première fois en 1849, dans les circonstances suivantes. Deux Français réclamaient en France au Gouvernement espagnol le paiement d'une fourniture de chaussures qu'ils lui avaient livrée; et le tribunal civil de Bayonne, dans un jugement confirmé en appel par la Cour de Pau, s'était déclaré compétent pour connaître de leur demande. La Cour suprême, par un arrêt du 22 janvier 1849[1], s'est

[1] Sirey, 1849. 1. 81.

au contraire prononcée pour l'incompétence de la juridiction française; et le principe posé par elle, à savoir « qu'un Gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un État étranger », n'a depuis lors cessé d'être appliqué par les tribunaux français.

Cette jurisprudence nous paraît contestable, ou tout au moins beaucoup trop absolue. Elle part de cette idée que les tribunaux français n'ont *jamais* juridiction sur les gouvernements étrangers. Nous croyons au contraire qu'il faut faire une distinction, semblable à celle qui vient d'être indiquée pour les souverains. Parmi les actes qui peuvent donner lieu à une instance judiciaire, les uns ont un caractère gouvernemental et politique, et l'on conçoit qu'ils ne puissent être renvoyés à l'examen de nos tribunaux. Mais si d'autres actes ont été accomplis par l'État étranger, en tant que personne morale d'ordre privé, capable d'acquérir, d'aliéner, d'emprunter, et indépendamment de sa souveraineté, nous ne comprendrions pas qu'ils échappassent à la juridiction française, tandis que ceux émanant d'une personne physique étrangère lui resteraient soumis.

D'ailleurs c'est au tribunal français à apprécier, en tenant compte des circonstances, si, par le fait qu'il a traité avec un gouvernement étranger, le Français n'a pas par cela même renoncé à la compétence des tribunaux français, ainsi que nous verrons tout à l'heure qu'il en a le droit.

Agents diplomatiques étrangers. — La deuxième exception que comporte l'article 14 du Code civil est relative aux agents diplomatiques accrédités en France par un gouvernement étranger. La mission que ces agents ont à remplir exige une indépendance complète au regard de l'État français, et cette indépendance n'existerait pas s'ils étaient justiciables de ses tribunaux. C'est donc une règle du droit des gens universellement admise aujourd'hui, que les ambassadeurs étrangers ne relèvent pas de la juridiction française; cette exemption est comprise dans l'ensemble de prérogatives et d'immunités résultant de l'*exterritorialité diplomatique*. Cette règle protège l'agent lui-même, sa femme, les membres de sa famille résidant avec lui, ainsi que tous les fonctionnaires ou agents attachés *à titre officiel* au service de la légation, et même, suivant nous, les personnes qui font partie de sa suite, *à titre privé*, comme secrétaires ou comme domestiques. L'indépendance et la sécurité de l'agent diplomatique se-

raient compromises si ceux qui l'entourent pouvaient être en butte aux recherches et aux tracasseries de la justice locale. L'immunité de juridiction n'appartient pas en principe en France aux consuls étrangers, si ce n'est dans l'hypothèse exceptionnelle où ils auraient été chargés par leur souverain d'une mission diplomatique[1].

Peut-elle être réclamée par les agents diplomatiques qui, bien que Français de nationalité, représentent sur notre territoire un État étranger? L'hypothèse, assurément peu pratique, s'est présentée en 1875 devant le tribunal de la Seine, dans les circonstances suivantes. Les membres de la commission de l'emprunt de Honduras avaient été assignés par quelques souscripteurs, et parmi les assignés figurait le ministre plénipotentiaire de cet État à Paris, qui était de nationalité française. Ce dernier déclina la compétence de nos tribunaux en excipant de ses immunités diplomatiques. Le tribunal de la Seine, par jugement du 21 janvier 1875, confirmé en appel, prononça la nullité de l'ajournement donné contre lui : « Attendu, dit-il, que, s'il est vrai que le défendeur a contesté sa qualité de Français, il n'en jouit pas moins des immunités diplomatiques inhérentes à la fonction dont il est investi ; et qu'il serait contraire au droit des gens et à l'indépendance réciproque des nations, que le représentant de l'une d'elles fût justiciable des tribunaux du pays où il représente un État souverain. Par ces motifs, etc. [2] ».

Cette décision nous paraît irréprochable. La mission diplomatique, en effet, produit ce résultat que l'homme qui en est investi s'efface et se confond avec l'État qu'il représente. Qu'importent sa personne, sa nationalité ! Il incarne une Puissance souveraine, et l'immunité dont il jouit n'est pas un privilège qui lui soit propre ; c'est un attribut de cette dernière, dont elle a pour objet de sauvegarder l'indépendance. L'indépendance de l'État est un principe supérieur du droit des gens, et la circonstance que son choix a porté sur un individu de telle ou telle nationalité ne saurait en modifier l'étendue ni en restreindre les garanties.

Le même motif nous conduit à décider, contrairement à l'opinion commune, que l'agent diplomatique étranger ne peut renoncer à son

[1] Au contraire, une loi du 2 décembre 1903 en a reconnu le bénéfice aux membres *non français* d'un tribunal arbitral siégeant en France, par application de la convention de La Haye du 29 juillet 1899.

[2] *Journal du dr. int. pr.*, 1875, p. 89.

immunité de juridiction en acceptant la compétence des tribunaux français, et qu'elle peut être alléguée en tout état de cause.

Dans quel cas l'immunité de juridiction pourra-t-elle être invoquée?

On a soutenu qu'il y avait place en cette matière pour une distinction analogue à celle que nous avons nous-mêmes admise pour les instances dirigées contre un souverain ou contre un gouvernement étranger. L'immunité, dit-on en ce sens, ne peut être invoquée qu'autant que l'acte dont la juridiction française est saisie se rattache à la mission de l'agent diplomatique et aux intérêts politiques dont il a la garde et le souci : elle ne saurait couvrir des intérêts purement privés, des entreprises commerciales. Le tribunal de commerce de la Seine avait, dans son jugement du 15 janvier 1867, adopté cette distinction; mais sa décision a été infirmée en appel par la Cour de Paris[1], dont la jurisprudence ne s'est pas démentie; et c'est bien la doctrine qui se dégage de son arrêt qui, suivant nous, doit prévaloir. Quelle que soit la cause première des poursuites dirigées contre l'ambassadeur, elles mettent en péril sa sécurité, et par suite compromettent la mission qui lui est confiée; c'est assez pour qu'il y soit mis obstacle.

Les auteurs tempèrent par quelques exceptions l'incompétence des tribunaux français à l'égard des agents diplomatiques étrangers.

1° On leur attribue juridiction sur les immeubles personnels appartenant à un ambassadeur étranger en France (Arg., C. pr. civ., art. 59, § 3); mais ceci n'est vrai que des immeubles que l'ambassadeur n'habite pas; ceux où il a sa résidence officielle échappent à la compétence de nos tribunaux.

2° Les demandes formées contre l'ambassadeur, à la suite d'une instance qu'il a lui-même introduite devant nos tribunaux, sont également de leur compétence : ce qui arrive, soit que, sa prétention ayant été rejetée, on poursuive contre lui le paiement des frais qu'elle a occasionnés, soit que le défendeur assigné par lui ait répondu à sa demande par une demande reconventionnelle, soit enfin qu'appel ait été interjeté d'un jugement rendu en sa faveur.

Il n'y a pas, à proprement parler, dans ces hypothèses, une renonciation de l'agent diplomatique à son immunité — elle ne serait pas valable selon nous; — ce ne sont que les suites de l'instance qu'il a

[1] Paris, 12 juillet 1867 (Sirey, 1868. 2. 201).

formée, et l'on peut dire que ce n'est pas comme défendeur qu'il este, mais comme demandeur; or, l'exterritorialité ne lui défend pas de faire valoir ses droits par une demande portée devant les tribunaux français, conformément à l'article 15 du Code civil.

Conventions internationales. — Enfin, quelques traités ont dérogé au système de l'article 14 du Code civil, en distrayant les sujets de certains États, poursuivis par un Français, de la compétence de nos tribunaux.

En dehors du traité franco-russe du 11 janvier 1787 (art. 7 et 16), dont l'application est au moins douteuse aujourd'hui, et de la convention arrêtée le 6 juin 1845 entre le Gouvernement français et la République de l'Équateur, les documents internationaux les plus importants que nous trouvions en cette matière, sont, d'une part, le traité franco-suisse du 15 juin 1869, qui a remplacé et complété celui du 18 juillet 1828, de l'autre, le traité franco-belge du 8 juillet 1899.

Traité franco-suisse du 15 juin 1869. — L'article 1er de ce traité s'exprime ainsi : « Dans les contestations *en matière mobilière ou personnelle*, civile ou de commerce, qui s'élèveront, soit entre Français et Suisses, soit entre Suisses et Français, *le demandeur sera tenu de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur.* — Il en sera de même des actions en garantie, quel que soit le tribunal où la demande originaire sera pendante. — Si le Français ou le Suisse défendeur n'a point de domicile ou de résidence connue en France ou en Suisse, il pourra être cité devant le tribunal du domicile du demandeur. — Si néanmoins l'action a pour objet l'exécution d'un contrat consenti par le défendeur dans un lieu situé, soit en France, soit en Suisse, hors du ressort des juges naturels, elle pourra être portée devant le juge du lieu où le contrat a été passé, si les parties y résident au moment où le procès sera jugé. »

Ce texte a donné lieu à quelques difficultés d'interprétation. On s'est demandé notamment si le débiteur français qui s'est fait naturaliser Suisse, uniquement en vue de se dérober à la juridiction française, sera reçu à se prévaloir de la règle *Actor sequitur forum rei* qu'il consacre au profit des citoyens suisses. La doctrine que nous avons admise sur la naturalisation obtenue *in fraudem legis* nous oblige à nous rallier à l'affirmative[1].

[1] V. ci-dessus, p. 138.

D'autre part, on a prétendu que l'article 1er du traité de 1869 se réfère exclusivement aux contestations dans lesquelles un intérêt pécuniaire est plus ou moins directement engagé, qu'il est étranger aux questions d'état, aux demandes en divorce et en séparation de corps. Quoique reposant en apparence sur les termes du traité, cette assertion nous paraît hasardée. Toutes les fois qu'un texte relatif à la compétence parle d'actions personnelles et mobilières, pour les opposer aux actions réelles immobilières, et ne fait pas des actions d'état une mention particulière, il faut appliquer à ces dernières les mêmes règles. C'est en ce sens que la plupart des auteurs expliquent l'article 59 du Code de procédure civile, dont le traité franco-suisse semble s'être approprié jusqu'aux termes.

Cependant il ne faudrait pas croire que ce traité n'ait fait en général que reproduire les règles du droit commun établies par la législation française. Il y a dérogé : 1° en soumettant à la compétence du tribunal du défendeur les *actions en garantie*, que l'article 59, § 8 réserve au tribunal saisi de la demande originaire; 2° en attribuant juridiction, pour connaître des actions ayant pour objet l'exécution d'un contrat intervenu soit en France soit en Suisse, en dehors du ressort des juges naturels du défendeur, au tribunal du lieu où le contrat a été passé, pourvu que les parties y résident toutes deux au moment du procès; 3° en réservant toute compétence au tribunal du domicile élu, à l'exclusion du tribunal du domicile réel du défendeur (Cf. C. pr. civ., art. 59, § 9; C. civ., art. 111); 4° en renvoyant toute action, relative à la liquidation et au partage d'une succession testamentaire ou *ab intestat*, et aux comptes à faire entre les héritiers ou légataires, devant le tribunal du dernier domicile que le *de cujus* a eu en France, s'il était Français, devant celui de son lieu d'origine en Suisse, s'il était Suisse (Cf. C. pr. civ., art. 59, § 6; C. civ., art. 110 et 822).

L'incompétence du tribunal français, dans les cas où le traité franco-suisse ordonne le renvoi du défendeur devant ses juges naturels, est, croyons-nous, d'ordre public, c'est-à-dire qu'il n'est pas loisible aux parties d'y renoncer, et qu'elle peut être proposée en tout état de cause. Cette solution, vivement contestée dans la doctrine et dans la jurisprudence, nous paraît commandée par les termes de l'article 11 du traité, lequel dispose que « le tribunal français ou suisse devant lequel sera portée une demande qui, d'après les articles précédents, ne serait pas de sa compétence, *devra*, *d'office et même en l'absence*

du défendeur, renvoyer les parties devant les juges qui doivent en connaître ».

Traité franco-belge du 8 juillet 1899. — L'accord que la convention du 15 juin 1869 avait réalisé sur les questions si délicates de compétence judiciaire dans les rapports de la France et de la Suisse, le traité du 8 juillet 1899 l'a également consacré entre la France et la Belgique. Et l'expérience des trente dernières années a permis aux négociateurs de ce traité d'éviter quelques-unes des difficultés que la convention franco-suisse n'avait su ni prévoir ni résoudre, de corriger quelques défauts, de combler certaines lacunes qui lui avaient été justement reprochés.

Le nouveau traité ne se contente pas d'affirmer, ainsi que l'avait fait cette convention, la compétence exclusive des *juges naturels* du défendeur pour connaître des contestations en matière personnelle et mobilière, civile ou de commerce, qui pourront s'élever entre nationaux des deux pays; il pose en principe l'assimilation *complète*, au point de vue de la compétence, des Belges et des Français : « En matière civile et en matière commerciale, est-il dit dans l'article 1er, les Français en Belgique et *les Belges en France* seront régis par les mêmes règles de compétence que les nationaux. » Il suit de là que le demandeur français ne peut désormais assigner un défendeur de nationalité belge devant nos tribunaux que dans les cas et sous les conditions où un défendeur français y serait régulièrement appelé lui-même. L'article 14 du Code civil est donc abrogé au regard des Belges.

L'assimilation établie par le traité franco-belge entre les ressortissants des deux Puissances contractantes a pour effet de les soumettre respectivement, sur le territoire de l'État auquel ils n'appartiennent pas, à toutes les règles de compétence qui y sont en vigueur. Toutefois, si tel est le principe, rappelé dans l'article 10, il n'est pas sans comporter quelques tempéraments. Les auteurs du traité n'ont pas voulu instituer un système complet de compétence commun à la France et à la Belgique, analogue à celui que la convention franco-suisse avait fait prévaloir; la diversité des législations, en ce qui concerne notamment la division des actions, la répartition des litiges entre les tribunaux civils et les juges de paix, s'en serait difficilement accommodée. Mais, d'autre part, ils ont pensé que, sur certains points, il était possible et utile de demander quelques sacrifices à l'une ou l'autre des deux législations, et d'élever au-dessus de leurs décisions

contradictoires une règle unique, reconnue la meilleure et la plus conforme à une bonne administration de la justice. Le traité a donc formulé quelques règles communes, s'écartant soit du Code de procédure civile français, soit de la loi belge.

1° C'est ainsi tout d'abord que son article 2, alinéa 1er, admet, même en matière civile, pour les contestations entre Français et Belges, la compétence du *forum contractus* ou du *forum destinatae obligationis*, affirmée en termes généraux par l'article 42 de la loi du 25 mars 1876, mais rigoureusement limitée aux litiges commerciaux par l'article 420 du Code de procédure civile français.

2° D'autre part, l'article 3 du traite porte que, « lorsqu'un domicile attributif de juridiction a été élu *dans l'un des deux pays* pour l'exécution d'un acte, les juges du lieu du domicile élu sont *seuls* compétents pour connaître des contestations relatives à cet acte ». C'est dire que, au point de vue de l'élection de domicile et de la compétence qui en découle, les deux territoires se confondent. Le défendeur eût-il son domicile réel dans l'arrondissement où siège le tribunal français devant lequel il est appelé, ce tribunal ne pourra connaître de l'affaire, si, pour l'acte litigieux, domicile a été élu de l'autre côté de la frontière. L'application de l'article 111 du Code civil, auquel le traité déroge à ce point de vue, aurait comporté une solution différente.

3° Le traité franco-belge (art. 4) formule aussi certaines règles communes pour les cas de litispendance et de connexité, pour le jugement des demandes en garantie et des demandes reconventionnelles.

4° Son article 5 étend à la France les règles de compétence suivies en Belgique, en matière de saisies-arrêts. S'écartant de la jurisprudence qui, jusqu'à ce jour, avait prévalu dans notre pays, il reconnaît la compétence internationale du *forum arresti :* « Le juge français ou belge, compétent pour statuer sur la demande en validité ou en mainlevée d'une saisie-arrêt, l'est également pour connaître de l'existence de la créance, à moins qu'il ne soit incompétent à raison de la matière, et sauf le cas de litispendance ».

5° Enfin, les questions si importantes de compétence judiciaire que soulève la matière des successions dans les rapports internationaux ne pouvaient échapper à la vigilance des auteurs de la convention de 1899. L'article 7 leur est consacré; il s'exprime, ainsi qu'il suit, dans son § 1er : « Seront, dans chaque pays, portées devant le juge du lieu de l'ouverture de la succession, les actions en pétition d'hérédité, les actions en partage, les actions contre l'exécuteur testamentaire, les

actions en nullité ou en rescision de partage et en garantie des lots. » Cette clause ne fait que reproduire, en l'étendant aux relations des deux pays, le système appliqué par l'article 47 de la loi belge de 1876 aux successions qui se sont ouvertes en Belgique, et qui ne diffère pas sensiblement d'ailleurs du système français fondé sur l'article 59, § 6 du Code de procédure civile et sur l'article 822 du Code civil. En Belgique comme en France, la compétence des tribunaux nationaux n'existe que pour les successions ouvertes dans le pays et elle existe même pour les immeubles qui en dépendent à l'étranger: mais, d'autre part, en Belgique comme en France, les tribunaux nationaux réclament une compétence exclusive pour juger les actions relatives aux immeubles situés dans leur ressort et compris dans une succession ouverte à l'étranger. Et de cette ressemblance même entre les principes de compétence appliqués des deux côtés de la frontière en matière de succession, résultaient avant 1899 de regrettables conflits. Le traité franco-belge en a tari la source pour l'avenir.

3° *A quelles contestations s'applique l'article 14 du Code civil?*

En apportant à la règle *Actor sequitur forum rei* l'exception si importante dont nous poursuivons l'étude, l'article 14 semble n'avoir visé que le litige né d'une obligation *contractuelle* consentie par un étranger au profit d'un Français. Le mot *contractées*, répété deux fois dans cet article, autorise cette interprétation, et ceux qui la défendent font observer, non sans apparence de raison, qu'elle n'a rien d'excessif. En effet, disent-ils, la règle de compétence écrite dans l'article 14 est une règle dérogatoire au droit commun, qu'il importe de réduire, comme toute exception, à ses plus étroites limites; il n'est pas permis de l'aggraver, en ajoutant au texte de la loi. Est-il donc si étrange que le législateur ait entendu réserver au Français qui est créancier en vertu d'un contrat, le bénéfice de l'article 14? Le débiteur, en figurant à ce contrat, a par cela même renoncé à la protection de la règle *Actor sequitur forum rei*, qu'il ne saurait regretter sans inconséquence. Mais lorsque l'obligation résulte d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit, le débiteur ne peut être présumé avoir fait une semblable renonciation.

Nous avons répondu d'avance à cet argument, en établissant que ce n'est pas dans une renonciation du débiteur étranger à la compétence de ses juges naturels, mais dans une vue de tutelle mal comprise, que se trouve le véritable fondement de l'article 14. Dès

lors, que l'obligation soit née d'un contrat ou qu'elle résulte de tout autre fait juridique, l'idée de renonciation ne peut servir à limiter la portée de ce texte. Il y a même une raison *à fortiori* pour soustraire nos nationaux à la justice étrangère, lorsque l'obligation dont ils poursuivent l'exécution dérive d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasit-délit. Personne, en effet, n'oblige le Français à traiter avec un étranger, à acquérir sur lui une créance contractuelle; il n'y aurait donc aucune injustice à le laisser soumis à la règle *Actor sequitur forum rei*, car sa comparution devant les juges étrangers ne serait imputable qu'à lui-même. Mais, lorsque sa créance dérive d'un fait indépendant de sa volonté ou contraire à sa volonté, par exemple un délit civil commis à son préjudice par un étranger, ou comprend à la rigueur qu'il soit utile de le protéger, et d'empêcher que l'auteur du délit ne trouve auprès de sa juridiction nationale une faveur et un appui qu'il ne mérite pas. D'ailleurs qu'y a-t-il de plus volontaire qu'un délit, de la part du délinquant, qu'un quasi-contrat, de la part du quasi-contractant? D'un côté comme de l'autre, nous trouvons *accompli librement* un acte générateur d'obligations, et, si l'on voit, dans l'obligation contractuelle souscrite par un étranger au profit d'un Français, une renonciation à la compétence de ses juges naturels, pourquoi n'en dirait-on pas autant du délit ou du quasi-contrat, où la volonté de l'obligé joue un rôle aussi décisif?

Cet argument a convaincu quelques auteurs dans une certaine mesure; tout en rattachant à une acceptation tacite de la juridiction française par le débiteur étranger la compétence particulière de l'article 14, ils consentent à l'appliquer aux obligations non contractuelles, mais à celles-là seulement qui résultent d'un fait personnel au débiteur. Ainsi l'étranger qui aura volontairement géré les affaires d'un Français sera justiciable de nos tribunaux, à raison des obligations qui dérivent de cette gestion; mais inversement, le gérant d'affaires français ne pourra déférer à la juridiction française le *dominus* étranger aux intérêts duquel il a veillé, parce que ce dernier ne lui avait pas donné mandat à cet effet et ne peut ainsi être considéré comme ayant renoncé à la règle *Actor sequitur forum rei.*

Nous repoussons cette distinction comme nous avons repoussé le système absolu dont elle procède; l'une et l'autre reposent sur l'idée de renonciation que nous ne pouvons admettre.

Les termes de l'article 14 ne prouvent rien contre notre thèse. Le

législateur, s'attachant à l'hypothèse la plus fréquente, comprend souvent sous la dénomination d'obligations *contractées*, toutes les obligations, quel que soit le fait juridique qui les ait engendrées. Nous en trouvons la preuve dans un texte voisin du nôtre, dans l'article 15 du Code civil, qui permet à l'étranger de poursuivre en France un sujet français, à raison des obligations par lui *contractées* en pays étranger. Personne, en effet, n'osera soutenir que l'étranger, victime d'un délit commis par un Français, soit dénué de recours contre lui devant nos tribunaux. Et ce qui démontre encore que la terminologie de l'article 14 n'a rien de technique et d'exclusif, c'est que l'article 1372, placé au siège même de la matière des engagements qui se forment sans convention, au chapitre des *quasi-contrats*, applique expressément à la gestion d'affaires l'appellation de *contrat*.

Nous pouvons donc généraliser la formule de l'article 14, et dire, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, que l'étranger peut être traduit devant les tribunaux français dans tous les cas où il se trouve, pour quelque cause que ce soit, débiteur d'un sujet français; il en sera ainsi, alors même que l'instance aurait pour objet le partage d'une succession mobilière ouverte en pays étranger ou la créance d'un Français contre une société ayant son siège à l'étranger. Lorque l'article 59 du Code de procédure civile attribue compétence, dans le premier cas, au tribunal du lieu d'ouverture de la succession, dans le second, au tribunal du siège social, il s'est proposé uniquement de résoudre le conflit qui pourrait s'élever entre plusieurs juridictions françaises; mais il n'est pas permis d'y voir une dérogation à l'article 14 du Code civil, et de l'invoquer pour donner compétence à un tribunal étranger, à l'encontre des dispositions de cet article. Il faut en dire autant de l'article 420 du Code de procédure civile, et des règles de compétence qu'il établit; ces règles ne doivent pas être appliquées dans le cas où c'est entre une juridiction étrangère et une juridiction française, non entre deux juridictions françaises, qu'il pourrait y avoir conflit.

La jurisprudence refuse, avec raison, suivant nous, de limiter l'application de l'article 14 du Code civil aux contestations qui sont engagées à propos d'un intérêt pécuniaire. Les actions relatives à l'état des personnes, telles qu'une action en recherche de maternité, en nullité de mariage, les demandes en divorce ou en séparation de corps, seront donc valablement introduites en France par un deman-

deur français, contre un étranger. Toutefois, lorsque le débat, quoique soulevé par un Français, est sans influence, directe ou indirecte, sur l'état de ce dernier, les tribunaux français manifestent quelque répugnance à en connaître; c'est ainsi que le tribunal civil de Lyon s'est, par jugement du 5 août 1888, déclaré incompétent sur une demande en nomination du conseil judiciaire formée par un Français contre une femme italienne, et n'a pas craint d'affirmer que cette incompétence est d'ordre public [1].

4° *Quels sont les effets de l'application de l'article 14 du Code civil?*

L'article 14 se borne, en refusant à l'étranger, poursuivi en justice par un Français, le bénéfice de la règle *Actor sequitur forum rei*, à attribuer à la juridiction française une compétence générale à son égard. Mais il y en France autant de tribunaux que d'arrondissements. Lequel sera compétent pour connaître du litige, à l'exclusion des autres? Nous croyons que, dès que le conflit ne s'élève plus entre une juridiction étrangère et une juridiction française, mais entre plusieurs juridictions françaises, ce qui est le cas, puisque l'article 14 repousse d'une manière absolue la compétence des tribunaux étrangers, dans notre hypothèse, on retombe sous l'empire des principes généraux que la loi française a admis pour la compétence respective des tribunaux français.

Si donc le défendeur étranger a un domicile ou une résidence en France, il devra être assigné, en matière personnelle et mobilière, devant le tribunal de ce domicile ou de cette résidence (C. pr. civ., art. 59, § 1).

La Cour de cassation a été saisie, il y a quelques années, de la question de savoir si la succursale, établie à Marseille par une société ayant son siège social en pays étranger, peut être considérée comme constituant une résidence, suffisant à attribuer juridiction au tribunal de cette ville, pour connaître des instances dirigées contre la société par un Français, habitant Paris. Sa décision a été affirmative [2]; mais la doctrine qui s'en dégage nous inspire des doutes sérieux. Est-il possible de dire qu'une société, dont le siège se trouve à l'étranger, ait une *résidence* sur le sol français? La résidence est une habitation *de fait*, impliquant la présence effective de la personne, qui ne peut

[1] *Le Droit* du 22 mars 1889.

[2] Cass. civ., 4 mars 1885 (Sirey, 1885. 1. 169 et la note de M. Lyon-Caen).

être en même temps matériellement ailleurs. Une personne physique peut avoir une résidence distincte de son domicile; elle habite l'une en quittant l'autre; mais une personne morale, une société, ne peut avoir de résidence, parce qu'elle ne peut délaisser son siège social pour se transporter en un autre endroit. On a pu attribuer à ce siège social le caractère d'un domicile, parce que le domicile est un établissement *de droit*, dont aucun obstacle naturel n'empêche un être de raison de réclamer le bénéfice, s'il lui a été concédé par la loi; mais la loi, si puissante qu'elle soit, ne peut lui donner un établissement *de fait*, que sa nature fictive lui interdit d'acquérir.

Les autres règles de compétence qui sont contenues dans les articles 59 et 420 du Code de procédure civile s'appliqueront aussi à l'étranger soumis à la juridiction française, par l'effet de l'article 14 du Code civil. L'étranger, défendeur à l'action en partage d'une succession ouverte en France, sera justiciable du tribunal du lieu où cette succession s'est ouverte (C. pr. civ., art. 59, § 6); l'étranger qui fait partie d'une société ayant son siège social en France, devra être assigné devant le tribunal de ce siège (art. 59, § 5); le garant devra l'être devant le tribunal français saisi de la demande principale (art. 59, § 8). De même, en matière commerciale, le Français demandeur pourra à son gré poursuivre son débiteur étranger devant l'un des trois tribunaux auxquels l'article 420 du Code de procédure civile attribue compétence. Enfin, en cas d'abordage causé par un navire étranger, le demandeur français devra porter sa réclamation en France, devant l'un des tribunaux auxquels l'article 407 du Code de commerce, modifié par la loi du 14 décembre 1897, donne qualité pour en connaître[1].

Mais, lorsque le défendeur étranger n'a ni résidence, ni domicile en France, et ne se trouve pas dans une des hypothèses prévues, soit par l'article 59, soit par l'article 420 du Code de procédure civile, soit par l'article 407 du Code de commerce, quel sera le tribunal compétent pour juger l'action formée contre lui?

Plusieurs systèmes ont été proposés : l'un attribue compétence au tribunal le plus voisin de la frontière; le second remet à la Cour de cassation le soin de prononcer sur la compétence respective des tribunaux saisis; le troisième accorde au demandeur le droit de choisir, dans les limites du juste et du raisonnable. Aucun de ces systèmes

[1] V. cep. Paris, 15 novembre 1900 (*Journal du dr. int. pr.*, 1901, p. 132).

ne nous paraît devoir être admis. Le premier en effet obligera le demandeur et le défendeur à un déplacement onéreux, si l'un et l'autre habitent loin de la frontière; et d'ailleurs il sera souvent difficile de déterminer en fait quel est le tribunal qui en est le plus rapproché. Le second système n'est pas plus acceptable; il aurait pour effet nécessaire de contraindre le demandeur à porter simultanément sa prétention devant plusieurs tribunaux. Enfin le troisième système met le défendeur à la discrétion de son créancier et permet à ce dernier d'aggraver encore les effets, déjà si lourds, de l'article 14.

Nous nous prononçons pour une quatrième opinion, qui attribue compétence au tribunal du domicile du demandeur français. Lorsque le législateur fait de l'adage *Actor sequitur forum rei*, une règle de droit commun, il se trouve en présence de deux intérêts rivaux : celui du créancier, qui veut que l'instance soit jugée par son tribunal; celui du débiteur, qui demande que son propre tribunal ait compétence, et il donne la préférence à ce dernier. Mais, l'article 14 ayant retiré cette faveur au défendeur étranger, lorsqu'elle aurait pour effet de donner compétence à une juridiction étrangère, des deux intérêts en présence, il ne reste plus que celui du créancier : cela suffit pour attribuer compétence au tribunal de son domicile, ou, à défaut de domicile, au tribunal de sa résidence.

5° *L'ordre public est-il intéressé à l'application de l'article 14 du Code civil?*

Cette question revient à se demander si le créancier français d'un débiteur étranger peut valablement renoncer à la compétence exceptionnelle que l'article 14 confère aux tribunaux français et se soumettre au droit commun de la règle *Actor sequitur forum rei.* Si la disposition de l'article 14 est d'ordre public, la négative est de droit (C. civ., art. 6). Si au contraire elle a en vue, non pas l'intérêt général, mais l'intérêt particulier du Français, il est naturel de reconnaître à ce dernier la faculté d'y renoncer, pour s'en tenir au droit commun.

Nous estimons que l'article 14 n'est pas une disposition d'ordre public. L'intérêt général ne saurait exiger en effet qu'un Français déploie contre son débiteur étranger toutes les rigueurs que la loi française met à sa portée. C'est à lui de voir si le droit commun lui suffit, s'il se trouve assez protégé par la règle *Actor sequitur forum rei*, si la juridiction étrangère mérite assez de confiance pour qu'il puisse en toute sécu-

rité lui soumettre ses griefs. Une fois sa conviction faite à cet égard, rien ne doit l'empêcher de renoncer au privilège de l'article 14. Il pourra, personne n'en doute, renoncer à sa créance, se dépouiller du droit principal qui est la base de l'instance engagée ; il pourra déférer sa prétention à l'examen d'arbitres volontairement choisis. Et l'on irait lui défendre de renoncer à un droit accessoire de sa créance, de porter devant un tribunal régulièrement organisé en pays étranger une demande, dont les arbitres quelconques qu'il aurait désignés connaîtraient valablement ! La jurisprudence décide avec raison que cela n'est ni raisonnable ni possible.

La renonciation du Français au bénéfice de l'article 14 peut être expresse ou tacite.

Elle est expresse, lorsque l'étranger avec lequel il traite stipule que les contestations à naître du contrat seront portées devant le tribunal de son propre domicile ; elle l'est encore, dans le cas où le Français aurait adhéré à une société étrangère dont les statuts attribuent compétence au tribunal du siège social, pour toutes contestations relatives à la société, aurait souscrit en pays étranger une police d'assurance attributive de juridiction au *forum loci contractus*, se serait soumis, lors d'une expédition de marchandises en pays étranger, aux clauses d'un tarif international arrêté entre plusieurs compagnies de chemins de fer, et donnant compétence, en cas d'accident, de perte ou de retard, au tribunal du lieu de destination, etc.

D'autre part, il est impossible de donner une énumération complète et limitative de tous les cas dans lesquels les tribunaux pourront découvrir une renonciation implicite du Français au privilège que l'article 14 lui confère ; ils ont à cet égard tout pouvoir d'appréciation.

Un Français sera-t-il réputé avoir renoncé à la juridiction des tribunaux français, par cela seul qu'il a assigné tout d'abord son débiteur étranger devant les juges naturels de ce dernier ? Nous répondons affirmativement, soit que l'instance engagée devant le tribunal étranger n'ait encore reçu aucune solution, soit qu'un jugement ait été rendu.

C'est à tort que l'on nous objecterait, dans le premier cas, les règles ordinaires de la *litispendance*. — Art. 171, C. pr. civ. : « S'il a été formé précédemment en un autre tribunal une demande pour le même objet....., le renvoi pourra être demandé et ordonné ». Cette disposition n'a rien à faire ici ; elle concerne exclusivement les de-

mandes portées à la fois devant deux tribunaux du même pays. Lorsque le défendeur étranger, traduit devant un tribunal français, par application de l'article 14, résiste à la demande dirigée contre lui, en se basant sur ce que la juridiction étrangère en est déjà saisie, il n'invoque pas la litispendance, mais seulement la renonciation implicite de son créancier français au bénéfice de l'article 14.

On ne serait pas mieux fondé à nous opposer, dans le second cas, celui d'un jugement déjà rendu sur la contestation par un tribunal étranger, la règle en vertu de laquelle les décisions de la justice étrangère n'ont en France l'autorité de la chose jugée que lorsqu'elles ont été déclarées exécutoires par un tribunal français. En ce qui nous concerne, en effet, nous n'acceptons pas cette prétendue règle; et, dans tous les cas, ce n'est pas sur l'autorité de la chose jugée que notre solution repose; elle s'appuie uniquement sur la renonciation présumée du Français au bénéfice de l'article 14. Le juge est maître d'induire cette renonciation de tel fait qu'il lui plaît; et de quel fait pourrait-elle résulter avec plus d'évidence que d'une instance conduite par le créancier français depuis la première jusqu'à la dernière phase, jusqu'à un jugement qui, pour n'être pas exécutoire en France, n'en demeure pas moins comme une manifestation énergique et persistante de sa volonté d'accepter le droit commun de la règle *Actor sequitur forum rei?*

Mais, de toute manière, les tribunaux français devront apprécier si les circonstances que le Français a traversées lui ont laissé toute la liberté de son choix, si son option pour la juridiction étrangère est bien volontaire, et si, dans sa pensée, elle était définitive.

Lorsque le Français a renoncé expressément ou tacitement à la protection de l'article 14, l'étranger défendeur, qu'il assignerait nonobstant devant un tribunal français, sera admis à invoquer l'incompétence de ce dernier; mais cette incompétence, procédant d'un accord de volontés, ne touche pas à l'ordre public : c'est une incompétence *ratione personæ;* elle doit être présentée par l'étranger *in limine litis*, et le juge ne pourrait, croyons-nous, la prononcer d'office.

TITRE II

Étranger contre Français.

Un étranger pourra-t-il faire valoir devant les tribunaux français les droits qui lui appartiennent, à l'encontre d'un de nos nationaux?

L'article 15 du Code civil répond à cette question : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, *même avec un étranger* ».

Cette disposition ne fait dans la plupart des cas qu'appliquer au demandeur étranger les règles ordinaires de la compétence, exprimées par l'adage *Actor sequitur forum rei;* elle est inspirée par une idée de justice, et aussi par l'intérêt bien entendu du Français. Sans elle, l'étranger serait parfois dans l'impossibilité d'obtenir l'exécution des engagements contractés envers lui, lorsque son débiteur français n'a laissé hors de France ni biens ni domicile; et le jugement prononcé en sa faveur par un tribunal étranger est soumis, pour produire ses effets en France, à une déclaration d'*exequatur* émanant de la justice française, qui s'arroge le droit de le réviser. D'un autre côté, si l'étranger ne pouvait poursuivre un sujet français devant nos tribunaux, il hésitera à devenir son créancier, au grand dommage des affaires et du crédit de ce dernier. Et dans tous les cas, le débiteur français serait malvenu à se plaindre d'être déféré à ses juges nationaux, dont l'impartialité doit lui inspirer la plus entière confiance.

L'article 15 sera valablement invoqué par tout étranger, même par une personne morale reconnue en France, contre son débiteur, même domicilié à l'étranger, pourvu que ce dernier soit Français au jour du procès, quelle qu'ait été d'ailleurs sa nationalité au jour de la naissance de l'obligation.

C'est toujours, en effet, au moment où le litige s'engage, qu'il faut considérer si le débiteur poursuivi est Français, et si par suite l'article 15 lui est applicable. Un Français, héritier d'un débiteur étranger, sera régulièrement traduit devant la justice française par un créancier étranger.

Bien que l'article 15 ne mentionne que les obligations *contractées* par un Français *en pays étranger*, il faut généraliser la règle qui s'y trouve posée, et l'étendre à toutes les obligations, même contractées *en France*, même *non contractuelles*, dont le Français est tenu vis-à-vis de l'étranger, aux actions réelles mobilières dirigées contre lui, aux contestations relatives à son état, aux demandes en divorce ou en séparation de corps, etc.

Notre texte ne dit pas devant quel tribunal français l'action introduite par le sujet étranger devra être portée; les règles écrites dans les articles 59 et 420 du Code de procédure civile ou 407 du Code de

commerce, s'appliqueront en général sans difficulté, sans qu'elles puissent jamais avoir pour effet d'attribuer compétence à une juridiction étrangère. L'héritier français, appelé à une succession ouverte en pays étranger, ne pourra se soustraire aux poursuites dirigées contre lui en France par les créanciers ou par les légataires étrangers du *de cujus*, en alléguant que le tribunal étranger du lieu de l'ouverture de la succession est, de par l'article 59 du Code de procédure civile, seul compétent pour en connaître. L'article 59, répétons-le, est une disposition de législation intérieure; il n'a pour objet que d'établir un ordre de juridiction entre plusieurs tribunaux français.

Mais le débiteur français pourra-t-il, d'accord avec son créancier étranger, renoncer à être jugé par un tribunal français et s'en rapporter à la décision d'une juridiction étrangère? En d'autres termes, l'article 15 n'est-il pas d'ordre public? Malgré quelques dissidences qui se sont produites à cet égard dans la jurisprudence, nous ne le croyons pas. Comment soutenir que l'intérêt de l'État français sera mis en péril parce qu'un Français aura consenti à être jugé par un tribunal étranger, dont la compétence lui paraît avantageuse? La règle écrite dans l'article 15 est établie dans l'intérêt commun du créancier et du débiteur; or ils sont d'accord pour se soustraire à son application.

Mais de quels faits induira-t-on cette renonciation?

Les tribunaux ont à cet égard la liberté d'appréciation la plus complète. Elle pourra résulter de ce fait que le Français a répondu à l'assignation qui l'a appelé devant un tribunal étranger, et qu'il a présenté des défenses au fond, sans invoquer l'incompétence de ce tribunal, ou encore de l'adhésion donnée par un Français aux statuts d'une société établie en pays étranger, dont une cause formelle attribue compétence exclusive au tribunal du siège social pour connaître des contestations entre associés; de même, le mandat par lequel un Français a chargé un homme de loi étranger de le représenter devant une juridiction de son pays peut être considéré comme impliquant soumission à cette juridiction pour toutes les conséquences de ce mandat, notamment pour le paiement des frais et honoraires.

En dehors de l'hypothèse d'une renonciation volontaire, il arrivera parfois que le défendeur français soit tenu d'accepter la compétence d'une juridiction étrangère, en vertu des stipulations d'un traité international, comme la convention franco-suisse de 1869, qui permet

au créancier suisse d'actionner son débiteur français devant un tribunal suisse, à raison d'un contrat passé en Suisse, pourvu que le demandeur et le défendeur y résident tous deux au jour de l'ouverture de l'instance (art. 1er), ou encore à raison des dettes dont ce dernier est tenu comme héritier d'un Suisse (art. 5). Tel est aussi le cas du traité franco-belge de 1899, dont l'article 1er, après avoir posé en principe l'assimilation des nationaux des deux pays, au point de vue de la compétence judiciaire, prend soin de déclarer que « l'article 15 du Code civil cesse d'être applicable dans les rapports entre Français et Belges ».

De même le tribunal répressif étranger, devant lequel un de nos nationaux a été traduit sous l'inculpation d'un crime ou d'un délit, statuera valablement sur les réparations civiles réclamées par la partie lésée. Enfin, si nous supposons qu'un créancier français, renonçant au privilège de l'article 14, ait porté son action devant une juridiction étrangère, celle-ci pourra connaître des demandes reconventionnelles dirigées par le défendeur étranger contre le Français, à la condition que ces demandes aient un lien intime avec la demande principale et ne constituent en réalité que des défenses opposées à cette dernière, comme par exemple une demande en compensation.

Caution « judicatum solvi ». — C. civ., art. 16 (modifié par la loi du 5 mars 1895) : « En toutes matières, l'étranger qui sera demandeur, sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement ».

C. pr. civ., art. 166 : « Tous étrangers, demandeurs principaux ou intervenants, seront tenus, si le défendeur le requiert, avant toute exception, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés.

Art. 167 : « Le jugement qui ordonnera la caution fixera la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera fournie. Le demandeur qui consignera cette somme, ou qui justifiera que ses immeubles situés en France sont suffisants pour en répondre, sera dispensé de fournir caution ».

La garantie que ces textes exigent du demandeur étranger estant en justice en France contre un de nos nationaux, c'est la caution *judicatum solvi.*

Malgré le nom qu'elle porte, il faut se garder de confondre la cau-

tion *judicatum solvi* du droit français actuel, avec la caution *judicatum solvi* du droit romain.

Avant Justinien, toute personne, défendant *proprio nomine* à une action *in rem*, était tenue de fournir caution, sous peine, en cas de refus, de voir transférer le bénéfice de la possession à son adversaire, si ce dernier consentait à donner la garantie réclamée. D'autre part, la caution *judicatum solvi* était due aussi bien en matière personnelle qu'en matière réelle, soit par le défendeur, soit par le *dominus litis*, lorsque le procès était soutenu *alieno nomine* par un *defensor*, par un *procurator* ou par un *cognitor*. Dans le droit de Justinien, elle n'est, en aucun cas, exigée que du défendeur qui plaide *alieno nomine*.

En passant dans la jurisprudence de nos Parlements, la caution *judicatum solvi* changea d'objet et de caractère. Elle cessa d'être imposée aux nationaux, pour devenir une charge exclusive des étrangers; ce n'est plus le défendeur qui la doit, mais le demandeur.

A quelle nécessité répond, dans notre droit, la caution *judicatum solvi?* On a dit qu'elle avait pour but d'obvier aux difficultés que rencontrera parfois l'exécution du jugement français en pays étranger; que, ce jugement étant par lui-même dépourvu de force exécutoire hors de nos frontières, le défendeur français au profit duquel il est intervenu n'aurait bien souvent aucun moyen direct de recouvrer les sommes à lui dues par l'étranger qui l'a indûment assigné, si on n'en assurait le paiement par une garantie pécuniaire. Cette raison ne nous paraît pas suffisante; elle conduirait en effet à admettre que même le défendeur étranger, et surtout le défendeur étranger, doit être tenu de fournir une caution *judicatum solvi*, et que, d'autre part, elle cesserait d'être due dans tous les cas où il existe, entre la France et l'État auquel appartient le plaideur étranger, un traité stipulant que les jugements rendus par les tribunaux de l'un des deux pays seront de plein droit exécutoires dans l'autre.

Le véritable motif de la garantie accordée par l'article 16 du Code civil au Français, à l'encontre du demandeur étranger, c'est que ce dernier, si rien ne le rattache au sol français, s'il n'y possède pas d'immeubles, aurait pu, au lendemain d'un procès témérairement engagé, se soustraire par la fuite au paiement des frais et des dommages-intérêts, auxquels il a été condamné. Il serait ainsi facile et peu dangereux de venir troubler, par des poursuites inconsidérées et sans fondement sérieux, le repos des Français, c'est ce que la loi française

a voulu éviter. Les précautions qu'elle prend vis-à-vis du demandeur étranger répondent de la valeur de ses griefs.

Aujourd'hui le principe de la caution *judicatum solvi* est vivement attaqué ; on lui reproche de fermer à l'étranger peu fortuné l'accès de nos prétoires, d'être contraire aux idées modernes qui, dans tous les États civilisés, tendent à faire prévaloir l'égalité du national et de l'étranger. L'Institut de droit international a réclamé la libre admission de ce dernier en justice (Session de Zurich, 1877).

La caution *judicatum solvi* soulève plusieurs questions, auxquelles il nous faut maintenant répondre :

1° Quelles personnes peuvent l'exiger?

2° Quelles personnes sont tenues de la fournir?

3° Dans quels cas est-elle due?

4° Quand et comment peut-elle être demandée et fournie?

5° Quelle est l'étendue des obligations de la caution?

1° *Quelles personnes peuvent exiger la caution* JUDICATUM SOLVI?

La caution *judicatum solvi* est une garantie attribuée au seul *Français,* poursuivi par un demandeur étranger devant nos tribunaux : cela résulte de la place occupée par l'article 16, qui l'établit, immédiatement à la suite de l'article 15, qui prévoit l'hypothèse d'une instance entre étranger et Français.

Quoi qu'on en ait dit, l'étranger défendeur n'y aurait aucun droit, à l'encontre d'un autre étranger, à moins qu'il n'ait été admis à la jouissance des droits civils en France. Le droit de demander cette caution est, en effet, un *droit civil*, propre aux nationaux français et à ceux qu'une admission à domicile ou un traité diplomatique leur a assimilés, sous le rapport des droits privés.

Et cela est de toute justice, car deux étrangers ordinaires, plaidant l'un contre l'autre devant un tribunal français, se trouvent dans une situation égale. Il faudrait, si l'on oblige le demandeur à fournir caution, l'imposer aussi au défendeur; autrement l'égalité se trouverait rompue au profit de ce dernier.

2° *Quelles personnes sont tenues de fournir la caution* JUDICATUM SOLVI?

Les articles 16 du Code civil et 166 du Code de procédure civile se chargent de répondre : « L'*étranger* qui sera *demandeur* », dit l'un;

« Tous *étrangers, demandeurs principaux ou intervenants* », dit l'autre. De ces deux textes, il résulte que l'obligation de fournir caution est imposée à toute personne joignant à la nationalité étrangère la qualité de demanderesse devant un tribunal français.

a) Il faut être *étranger*.

Exiger la caution *judicatum solvi* d'un Français, ce serait porter atteinte, sans raison, au droit qui lui appartient de demander justice aux tribunaux de son pays. Le Français, auquel cette caution serait indûment réclamée, n'aura donc pour s'y soustraire, qu'à exciper de sa nationalité.

C'est au moment même où le litige se produit qu'il faut se placer pour juger si la caution est due ou si elle ne l'est pas; c'est à ce moment qu'il faut que le demandeur soit étranger. Il suit de là que le créancier, étranger au jour de la naissance de son droit et devenu Français antérieurement à l'instance, que l'héritier et le cessionnaire français d'un créancier étranger, ne sont pas astreints à fournir la caution *judicatum solvi*.

Réciproquement, caution sera due par le demandeur qui, de Français, est devenu étranger avant le procès, ou qui, étant étranger lui-même, a succédé par héritage ou par cession, aux droits d'un Français.

L'étranger admis à la jouissance des droits civils en France échappe, aussi bien que le Français, à cette obligation, alors même que l'admission ne lui aurait été conférée que dans l'intervalle de la naissance de son droit et du procès; et une dispense de même nature peut être invoquée par l'étranger qui réside en Algérie et y a un établissement.

La qualité de souverain d'un État étranger ou d'agent diplomatique accrédité par une Puissance étrangère auprès du Gouvernement français exempte-t-elle celui qui en est revêtu de l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi*? Nous ne le croyons pas. La loi française s'exprime de manière à repousser toute distinction qui serait basée sur le caractère officiel du demandeur. Les immunités auxquelles ont droit sur notre territoire les chefs et les agents des États étrangers ne sauraient être alléguées par eux dans l'espèce pour se soustraire à ses prescriptions. Personne ne les oblige à plaider; or, du moment qu'ils saisissent nos tribunaux de leurs griefs, ils renoncent par cela même à tous leurs privilèges; ils ne sont plus en France que de simples plaideurs étrangers, soumis comme tels à toutes les obli-

gations qui incombent à leurs concitoyens; l'indépendance de la souveraineté qu'ils représentent ne sera pas en péril, si on leur fait subir les conséquences d'un procès dont ils ont pris l'initiative. Nous dirons plus; il y a une raison particulière pour ne pas les en affranchir, c'est que leur qualité même permet de craindre que l'exécution des jugements contraires à leurs prétentions ne rencontre quelque obstacle en pays étranger.

A un degré très différent de l'échelle sociale, doit-on dispenser de la caution *judicatum solvi* le demandeur étranger, auquel son état d'indigence dûment constaté a fait obtenir en France le bénéfice de l'assistance judiciaire?

Il n'existe, suivant nous, aucun motif pour le décider ainsi. L'assistance judiciaire concédée au demandeur étranger nécessiteux a pour unique effet de le décharger de l'avance de certains frais, et d'empêcher que l'impossibilité où il se trouve de les débourser ne compromette ses droits; mais, comme le défendeur français n'est pas admis à contredire l'octroi de ce bénéfice, il serait au moins étrange que son résultat pût être de diminuer les garanties de la personne injustement assignée et de l'exposer aux risques de l'insolvabilité de son adversaire. Le droit à l'assistance judiciaire n'entraîne donc pas, au profit de celui qui l'a obtenue, dispense de fournir la caution *judicatum solvi*, à moins qu'il n'existe une clause en ce sens dans les traités conclus avec la France par l'État auquel il appartient[1].

Enfin les personnes morales étrangères, admises à ester en justice en France, peuvent être astreintes, lorsqu'elles plaident comme demanderesses devant nos tribunaux, à fournir la caution *judicatum solvi*. L'article 16 du Code civil ne fait aucune exception en leur faveur.

b) Il faut en second lieu que l'étranger joue au procès le rôle de *demandeur*.

Le défendeur, en effet, se borne à résister aux poursuites qui sont dirigées contre lui; son droit naturel de défense serait entravé par l'obligation de donner caution. La loi exige donc, pour que cette obligation ait lieu, que l'étranger soit *demandeur* (C. civ., art. 16), et l'article 166 du Code de procédure civile, développant la formule générale de l'article 16 du Code civil, ajoute qu'il doit être demandeur *principal* ou *intervenant*. Le demandeur *principal*, c'est celui

[1] V. ci-après, p. 631.

qui introduit l'instance ; le demandeur *intervenant*, c'est celui qui est venu volontairement se lier à une instance déjà engagée, soit pour soutenir la prétention du demandeur principal, soit pour la combattre, en prouvant qu'il a un droit exclusif à l'objet litigieux.

Éclairons par quelques exemples la portée de notre règle.

Un procès a été intenté par un Français, devant un tribunal français, contre son débiteur étranger. Au cours de l'instance, ce dernier, qui, en sa qualité de défendeur, n'a pas eu à fournir caution, se porte reconventionnellement demandeur. Si cette demande n'est pas tout à fait indépendante de celle à laquelle elle vient répondre, si en un mot elle peut être considérée comme une simple défense, la caution *judicatum solvi* ne sera pas due. L'étranger, en effet, n'est ni demandeur principal, ni demandeur intervenant, car, d'une part, ce n'est pas lui qui a introduit l'instance, de l'autre, il s'y trouve depuis son ouverture.

La même décision convient à l'hypothèse où le défendeur étranger aurait assigné un tiers français en garantie. Sans doute, il est vis-à-vis de ce dernier dans la situation d'un demandeur ; mais cette demande n'est qu'un élément et une phase de sa propre défense. Il n'est, ici encore, ni demandeur principal, ni demandeur intervenant.

Les auteurs et la jurisprudence admettent en général, avec raison, selon nous, que le défendeur étranger, condamné en première instance, ne peut être assujetti, dans le cas où il interjetterait appel, à l'obligation de fournir caution. L'appel, en effet, n'est que la prolongation de sa défense ; l'obliger à donner caution, ce serait souvent en fait le priver du deuxième degré de juridiction, c'est-à-dire du droit naturel qui lui appartient d'aller jusqu'au bout de sa résistance. Les raisons de décider et la solution sont identiques, si l'étranger forme opposition à un jugement rendu contre lui par défaut.

Mais l'étranger, demandeur en première instance, pourra être tenu de fournir en appel, *même s'il est intimé*, la caution *judicatum solvi*. Quelque rôle qu'il joue à la nouvelle instance, il affirme à nouveau et soutient la demande qu'il a primitivement introduite ; et la caution qu'il a présentée aux premiers juges ne garantit pas les nouveaux frais que cette demande a rendus nécessaires.

Appliquant la même distinction au pourvoi en cassation et au recours par voie de requête civile, nous obligerons l'étranger, qui

a joué au regard du premier jugement attaqué le rôle de demandeur, à donner caution; au contraire, si à l'origine il a été défendeur, et quelque attitude qu'il ait prise à l'instance nouvelle, aucune obligation ne lui incombera.

Ce qui précède s'applique surtout à l'étranger, demandeur *principal* au procès. Voyons maintenant, en peu de mots, quand le demandeur *intervenant* est tenu de fournir caution. Il est certain qu'il ne pourra y être contraint que si son intervention au litige, engagé sans lui et hors de lui, a été toute volontaire, toute spontanée. S'il a été appelé au procès et mis en cause, soit par le demandeur principal, soit par le défendeur, il sera considéré comme étant lui-même dans la situation d'un défendeur. L'intervention volontaire d'un étranger à une instance en cours se comprend de deux manières : soit que, sans y être invité, il soit venu joindre ses efforts à ceux du demandeur principal et partager ainsi le rôle de ce dernier, soit que, apprenant qu'il a des droits à faire valoir sur l'enjeu du procès, il en réclame l'attribution à son profit exclusif, à l'encontre du demandeur et du défendeur originaires. Dans ces deux cas, l'étranger est demandeur intervenant volontaire, et son adversaire peut lui opposer l'exception *judicatum solvi*.

3° *Dans quels cas la caution* JUDICATUM SOLVI *est-elle due?*

L'article 16 du Code civil pose une règle générale : « *En toutes matières,* l'étranger qui sera demandeur sera tenu de donner caution ». Et le principe ainsi formulé ne supporte, cela résulte des termes mêmes de cet article, d'autres exceptions que celles qui ont été expressément admises par la loi.

Il faut donc décider que la caution peut être exigée devant toutes les juridictions, aussi bien en justice de paix que devant la Cour de cassation. L'objection que l'on pourrait tirer de la place occupée par l'article 166 du Code de procédure, au livre deuxième de la 1re partie, qui est relatif aux tribunaux inférieurs, tandis que le livre premier s'occupe de la procédure devant les justices de paix, n'est pas sérieuse. Ce texte en effet se borne à rappeler le principe général contenu dans l'article 16 du Code civil, qui est le véritable siège de la matière et qui ne fait aucune distinction entre les divers degrés de juridictions. Et ce que nous disons des justices de paix doit être appliqué, par identité de motifs, aux instances introduites par un étranger contre un Français, soit en référé, soit devant une juri-

diction administrative, soit même devant un tribunal répressif.

Passons à l'examen des différentes exceptions que la loi apporte elle-même à la règle contenue dans l'article 16 du Code civil.

Depuis que la loi du 5 mars 1895 a supprimé la dispense dont jouissait le demandeur étranger en matière commerciale, ces exceptions se ramènent à trois :

Première exception. — Le demandeur étranger, qui consent à déposer à la Caisse des dépôts et consignations la somme fixée par le tribunal, ne peut se voir opposer l'exception *judicatum solvi.*

C. pr. civ., art. 167 : « Le jugement qui ordonnera la caution fixera la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera fournie. *Le demandeur qui consignera cette somme.....* sera dispensé de fournir caution ».

Quoi qu'en dise ce texte, il est difficile de voir dans l'hypothèse qu'il prévoit un cas de dispense, plutôt que la réalisation même de l'obligation dont le demandeur est tenu. Lorsque la loi exige qu'il présente une caution, elle veut protéger le défendeur qui a eu gain de cause, contre son insolvabilité ou une fuite opportune. Or le dépôt d'une somme d'argent, égale au montant de l'obligation que, suivant l'appréciation du tribunal saisi, la caution aurait dû assumer, garantit ce dernier autant et mieux qu'une caution; il n'en a plus besoin.

La consignation d'une somme d'argent est dans tous les cas facultative pour le demandeur étranger; elle est pour lui en quelque sorte *in facultate solutionis.* Ce qu'il doit, c'est une caution, et le tribunal ne peut l'obliger à lui substituer une prestation pécuniaire.

Ajoutons que la caution *judicatum solvi* est une caution *légale :* dès lors, aux termes de l'article 2041 du Code civil, le demandeur étranger qui ne pourrait trouver une caution est reçu à fournir, en ses lieu et place, « un gage en nantissement suffisant ».

Deuxième exception. — Les articles 16 *in fine* du Code civil et 167 *in fine* du Code de procédure civile écartent encore l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi*, lorsque le demandeur étranger possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour couvrir les frais et dommages-intérêts qu'il peut avoir à supporter à la suite du procès.

Rien n'est plus juste. Si le demandeur a des immeubles en France et que leur valeur est suffisante pour garantir le défendeur contre toute éventualité, il est inutile d'exiger une caution. Les immeubles, en effet, ne peuvent être déplacés et ils attendront l'issue du procès.

L'équivalence de la propriété immobilière et de la caution était déjà professée par les jurisconsultes romains : « *Sciendum est possessores immobilium rerum satisdare non compelli*[1] », et la même doctrine se trouve reproduite par Pothier[2], auquel le législateur moderne l'a empruntée.

Mais le défendeur français sera-t-il fondé, dans le cas où l'étranger possède des immeubles en France, à prendre inscription sur eux ? Nous ne comprenons même pas que la question ait pu se poser. Le défendeur a-t-il un droit d'hypothèque légale sur ces immeubles? Il faut avouer que, dans ce cas, le législateur a sous-entendu sa volonté, car on n'en trouve trace, ni au titre des hypothèques, ni dans l'article 16 du Code civil, ni dans l'article 167 du Code de procédure. Ce n'est pas davantage un droit d'hypothèque conventionnelle, dont le Français peut se prévaloir, car le demandeur n'a sans doute pas voulu grever ses immeubles d'un droit réel à son profit, et il ne l'aurait pu que dans certaines formes solennelles déterminées par la loi. Enfin comment soutenir que ses immeubles sont frappés d'une hypothèque judiciaire au profit du défendeur? Le jugement qui admet la substitution d'une garantie immobilière à la caution ne contient ni condamnation, ni germe de condamnation ; et d'autre part, ce jugement est obtenu, non pas par le Français, mais par l'étranger lui-même. On n'est donc pas dans les termes de l'article 2123 du Code civil.

En vain ferait-on remarquer que, si on refuse au défendeur un droit hypothécaire sur les immeubles de l'étranger qui plaide contre lui, sa garantie sera souvent illusoire, puisque le demandeur reste maître d'aliéner ses biens ou de les grever de droits réels qui diminueront sensiblement leur valeur! Le droit commun suffit à le protéger. L'article 1167 du Code civil lui permettra en effet de faire rescinder tout acte frauduleux accompli à son détriment ; d'autre part, il lui sera toujours possible, le cas échéant, de demander une nouvelle garantie.

Troisième exception. — Quelques traités conclus par la France affranchissent de l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi* les nationaux de certains États (C. civ., art. 11). Tel est le traité franco-sarde du 24 mars 1760 (art. 22), interprété et étendu aux rapports de la France et du nouveau royaume d'Italie, aussi bien par la déclaration de Turin du 11 septembre 1860, que par la jurisprudence de nos tribunaux ; tels sont encore les traités franco-suisse du 15 juin 1869

[1] L. 15, *Qui satisdare cogantur*, au Digeste (II, 8).
[2] Pothier, *Traité des personnes*, titre II, sect. 2, n° 2.

(art. 13), franco-serbe du 18 juin 1883 (art. 5), franco-russe des 15-27 juillet 1896; telle enfin l'importante convention du 14 novembre 1896, élaborée par la conférence de droit international privé de la Haye, qui, après avoir été signée par la France, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal et la Suisse, a obtenu l'adhésion de l'Allemagne, de l'Autriche-Hongrie, du Danemark, de la Roumanie, de la Russie, de la Suède et de la Norwège.

D'autres traités dispensent de la caution les nationaux des Puissances contractantes qui auraient obtenu en France le bénéfice de l'assistance judiciaire; ce sont les traités avec l'Italie, du 19 mars 1870; avec la Bavière, du 11 mars 1870; avec la Belgique et le grand-duché de Luxembourg, du 22 mars 1870; avec l'Autriche du 14 mai 1879; avec l'Allemagne, du 20 février 1880; avec l'Espagne, du 14 mai 1884; avec l'Uruguay, du 23 mars 1885.

De même une dispense générale peut être déduite, pour les nationaux de la Bolivie, du Chili, de Costa-Rica, de l'Équateur, de l'Espagne, de Guatémala, du Honduras, du Japon, du Mexique, du Nicaragua, de la Nouvelle-Grenade, du Paraguay, du Pérou, du Portugal, de la Russie, de Saint-Domingue, du Salvador, des iles Sandwich, etc., d'une clause communément reproduite par les conventions que ces divers États ont conclues avec la France, aux termes de laquelle « *les sujets respectifs auront un libre et facile accès auprès des tribunaux pour la poursuite et la défense de leurs droits;* ils jouiront sous ce rapport des mêmes droits que les nationaux ».

Enfin il faudrait voir une exemption semblable dans les traités qui stipulent pour les ressortissants étrangers en France le traitement de la nation la plus favorisée (Traités avec la Birmanie, du 24 janvier 1873, art. 1er; le Brésil, du 7 juin 1826; le royaume de Siam, du 15 août 1856, art. 1er, et la Perse, du 12 juillet 1855, art. 5, § 4), à moins que cette stipulation n'ait trait qu'aux rapports commerciaux des Puissances contractantes.

4° Quand et comment la caution JUDICATUM SOLVI *peut-elle être demandée et fournie?*

C'est dans l'intérêt du défendeur français que l'obligation de donner caution a été imposée à l'étranger qui l'actionne devant nos tribunaux. A lui seul il appartient de la demander, et la juridiction saisie ne pourrait suppléer à sa volonté en l'ordonnant d'office : cela résulte

avec évidence des termes de l'article 166 du Code de procédure civile : « *si le défendeur le requiert* ». Le défendeur a donc le droit de renoncer à la garantie que la loi lui accorde.

Cette renonciation s'induira notamment de ce fait que le Français n'a pas réclamé la caution *in limine litis;* son silence fait présumer que les garanties de solvabilité que présente d'ailleurs son adversaire lui ont paru suffisantes.

Il ne suffit pas, pour éviter la déchéance, que l'exception *judicatum solvi* ait été proposée avant toutes défenses au fond; il faut de plus, si l'on en croit l'article 166, qu'elle ait été invoquée avant toute exception. Cette exigence est assez difficile à concilier, d'une part avec l'article 169, qui veut que les exceptions basées sur l'incompétence du tribunal saisi soient présentées préalablement à toute autre exception ou défense, de l'autre, avec l'article 173, qui porte que « toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte, si elle n'est proposée *avant* toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence ».

Plusieurs systèmes se sont proposé de résoudre la difficulté.

Dans le premier, on soutient que les articles 169 et 173 doivent être considérés comme ayant dérogé à l'article 166; que, par conséquent, l'ordre des diverses exceptions doit être réglé de la manière suivante : 1° exceptions d'incompétence; 2° exceptions de nullité; 3° exception *judicatum solvi.*

D'autres auteurs, s'appuyant sur l'ambiguïté de la loi, sont portés à croire qu'il n'est pas permis d'opposer au défendeur une cause de déchéance, parce qu'il a invoqué telle exception avant telle autre. L'exception *judicatum solvi* devrait donc être accueillie, soit qu'elle ait été formulée avant, soit qu'elle ait été formulée après les exceptions d'incompétence ou de nullité.

Enfin, dans un troisième système qui a rallié les suffrages les plus autorisés, on s'attache, pour déterminer le rang dans lequel les diverses exceptions devront être opposées, à l'ordre même que le législateur a suivi. C'est donc l'exception *judicatum solvi* qui devra venir la première; les exceptions d'incompétence viendront après; puis celles de nullité; enfin, les exceptions dilatoires, auxquelles l'article 186 assigne dans tous les cas le dernier rang.

La comparaison des articles 169, 173, 186 constitue pour ce système un excellent argument. L'article 173 nous dit que les exceptions d'incompétenee, qui font l'objet du § 2 du titre IX, doivent

passer avant celles de nullité, comprises dans le § 3; et les unes et les autres priment les exceptions dilatoires, auxquelles est consacré le § 4. Pourquoi cet ordre serait-il rompu lorsqu'il s'agit d'attribuer un rang à l'exception *judicatum solvi?* C'est d'elle que la loi parle tout d'abord, dans le § 1 du titre relatif aux exceptions; c'est donc elle qui doit être invoquée la première; et cette solution paraît conforme, aussi bien au but que la loi a poursuivi, en établissant la caution *judicatum solvi*, qu'aux travaux préparatoires :

a) Au but de la loi. En effet, elle a voulu garantir d'une manière complète au défendeur français le recouvrement des frais et des dommages-intérêts qui pourront lui être dus par son adversaire étranger. Et comment ce but serait-il atteint, si le défendeur pouvait être tenu, en l'absence de toutes garanties préalablement fournies, de discuter les exceptions d'incompétence ou de nullité qui lui seront opposées et qui seront pour lui l'occasion de débours souvent considérables?

b) Aux travaux préparatoires du Code de procédure. En effet, le projet rédigé tout d'abord sur le point qui nous occupe n'avait pas mis l'exception *judicatum solvi* au début du titre des exceptions, à sa place actuelle; et le Tribunat avait proposé de faire passer avant elle les exceptions d'incompétence et de nullité. Ce projet reçut au Conseil d'État un double changement : l'exception *judicatum solvi* prit la première place dans le texte de la loi, et, modification significative qui souligne bien la portée de la première, on voit disparaître de la rédaction définitive la disposition qui attribuait la priorité aux exceptions d'incompétence ou de nullité.

C'est donc toujours au moment où le procès s'engage, et de quelques autres exceptions que le défendeur puisse se prévaloir, que l'exception *judicatum solvi* doit être proposée par lui. Mais il va sans dire que cette règle cesserait d'être applicable dans le cas où le demandeur, qui était Français au jour de l'instance, aurait acquis, avant sa fin, une nationalité étrangère; la caution pourra, dans ce cas encore, être valablement exigée, pourvu que, après avoir eu connaissance du changement de patrie de son adversaire, le défendeur n'ait pas opposé des défenses au fond, ou fait tel acte de procédure qui impliquerait chez lui la volonté de renoncer au bénéfice de la caution. Notre décision serait la même dans le cas où, s'étant trouvé, au début du procès, dans un cas de dispense légale, l'étranger en aurait perdu ultérieurement le bénéfice, soit que son admission à domi-

cile ait été rapportée, soit que le traité international qui le protège ait été dénoncé; soit enfin qu'il ait aliéné les immeubles par lui possédés en France, ou tout au moins diminué leur valeur.

Le défendeur français, qui n'a pas opposé l'exception *judicatum solvi* en première instance, sera-t-il admis à le faire pour la première fois en appel? L'adversaire pourra-t-il combattre cette exception, en alléguant le silence que le Français a gardé devant les premiers juges, et la renonciation tacite qui semble en résulter?

Nous ferons une distinction.

En ce qui concerne la garantie des dépens déjà faits devant le tribunal inférieur, la caution ne pourra plus être valablement demandée à l'étranger. Pour eux, le défaut d'exception opposée *in limine litis* a valu renonciation. Il en est tout autrement des frais et dommages-intérêts dont l'étranger demandeur pourra être tenu à la suite de l'instance d'appel engagée. Le silence observé par le défendeur devant les juges du premier degré n'emporte renonciation au bénéfice de la caution *judicatum solvi* que dans la mesure des intérêts qui étaient alors en jeu. Si le Français a eu confiance en son adversaire, jusqu'à concurrence des frais qui ont été faits en première instance, il n'en résulte pas forcément qu'il professe une confiance égale pour les frais du procès nouveau dont la Cour est saisie, et qu'il ne pouvait raisonnablement prévoir, lors de la naissance de la contestation.

Cette doctrine s'applique d'ailleurs au recours en cassation et à la requête civile, comme à l'appel. La jurisprudence lui est favorable.

L'exception *judicatum solvi* est ordinairement opposée par acte du palais, qui ne peut excéder deux rôles; en justice de paix elle est portée verbalement à l'audience. Sur l'exception ainsi présentée en temps utile, le tribunal statue, en condamnant l'étranger à fournir caution, s'il ne se trouve pas dans un cas de dispense légale; et son jugement fixe, d'une part, la somme jusqu'à concurrence de laquelle la caution devra être donnée, de l'autre, le délai de sa prestation.

Bien qu'ayant dans une certaine mesure un caractère préparatoire par rapport au fond du litige, ce jugement est définitif quant au point sur lequel il statue, c'est-à-dire quant à la caution; il est donc *hic et nunc* susceptible d'appel.

La caution admise par le jugement doit satisfaire aux conditions prescrites par les articles 2018 et 2019 du Code civil; il faut qu'elle soit capable de contracter, qu'elle soit domiciliée dans le ressort de la

Cour d'appel où elle est donnée, enfin, en général, que ses biens immeubles répondent de sa solvabilité.

Quant au mode suivant lequel la caution devra être fournie, il est déterminé par les articles 517 et suivants du Code de procédure civile ; contentons-nous d'y renvoyer.

5° *Quelle est l'étendue des obligations de la caution?*

La caution une fois fournie par l'étranger et acceptée par le Français, quelle est la nature et quelle est l'étendue de ses obligations? Elle ne peut, cela est certain, être tenue de garantir le principal de la demande dont le tribunal est saisi. En effet, de deux choses l'une : ou bien l'étranger demandeur perd son procès, et alors l'objet litigieux reste entre les mains du défendeur français qui n'a pas besoin du secours de la caution pour le recevoir; ou bien il a gain de cause, et alors il ne peut être question pour le défendeur de se faire indemniser par la caution de sa résistance injuste.

Aussi l'article 16 du Code civil ne parle-t-il que des *frais* et *dommages-intérêts* résultant du procès.

Sous le nom de *frais* sont compris tous les dépens que le demandeur peut, aux termes de l'article 130 du Code de procédure civile, être tenu de supporter, s'il échoue dans sa prétention. La caution ne garantit donc pas les débours qui doivent, dans tous les cas, rester à la charge du défendeur français, tels que les droits d'enregistrement qui sont dus à raison d'un acte produit en cours de procès. Les seuls frais qui peuvent lui être réclamés sont ceux dont le procès a été la cause directe, à moins bien entendu que ceux dont il n'a été que la cause occasionnelle n'aient été imposés au demandeur étranger à titre de dommages-intérêts. Ceci nous amène à rechercher quels sont les dommages-intérêts dont la caution peut être tenue.

Supposons que, bien avant d'avoir introduit une action devant le tribunal français, le demandeur étranger ait causé un préjudice quelconque à son adversaire, et que, au cours de l'instance, ce dernier, arguant de ce préjudice, forme contre lui une demande reconventionnelle en dommages-intérêts. En admettant que cette demande reconventionnelle triomphe, la caution, donnée par l'étranger, répondra-t-elle vis-à-vis du Français des dommages-intérêts qui ont été prononcés à son profit? Répondre affirmativement, ce serait, croyons-nous, dépasser la lettre et méconnaître l'esprit de la loi. L'article 16 ne parle, en effet, que des dommages-intérêts *résultant du procès*. D'autre part,

le législateur s'est uniquement proposé de prémunir le Français contre les éventualités dont le litige le menace, et contre le préjudice que ce litige pourra lui causer. Dès que le dommage dont le Français se plaint ne dérive pas du procès lui-même, mais d'un fait antérieur et indépendant des poursuites, la caution n'a plus de raison d'être.

Il est donc indispensable que les frais et dommages-intérêts *résultent du procès :* autrement, la caution n'en est pas tenue. Encore faut-il excepter de cette formule générale les condamnations qui ne sont pas prononcées au profit du défendeur français lui-même. La caution, qui n'est établie que dans l'intérêt exclusif du défendeur français, ne garantit pas le paiement des sommes que le demandeur pourrait devoir au fisc à la suite du procès.

Aux termes de l'article 167 du Code de procédure civile, le jugement qui statue sur l'admission de l'exception *judicatum solvi* doit fixer « la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera fournie ». Il appartient donc au tribunal d'arbitrer le taux auquel pourront éventuellement s'élever les frais et dommages-intérêts résultant de l'instance engagée.

Mais ces évaluations devront s'arrêter au procès même dont il est saisi et ne sauraient embrasser les frais d'un recours possible à une juridiction supérieure; en pareil cas, nous l'avons vu, le Français devra réclamer une garantie nouvelle.

Ainsi se trouve mesurée l'étendue des engagements souscrits par la caution. Ces engagements sont purement personnels. On a cependant essayé de prétendre que la soumission de la caution, opérée conformément aux dispositions des articles 517 et suivants du Code de procédure civile, emporte une hypothèque judiciaire sur tous ses biens présents et à venir, qui seraient ainsi affectés à la sûreté de son obligation; mais cette opinion ne se soutient pas. Les seuls actes judiciaires, susceptibles de produire un effet hypothécaire, sont ceux qui contiennent une condamnation actuelle ou tout au moins un germe de condamnation. Or, cette condition ne se retrouve pas dans l'acte par lequel sa caution a fait sa soumission au greffe, conformément à l'article 519. D'autre part, le jugement, qui a admis l'exception *judicatum solvi*, ne peut avoir pour effet de grever les biens de la caution d'un droit d'hypothèque : ce jugement est tout à fait étranger à la caution; elle n'y a joué aucun rôle. Il en est de même du jugement qui aurait admis une caution contestée : on ne peut, en effet, voir dans un semblable jugement une condamnation,

même indirecte, prononcée contre la caution ; il se borne à décider si le défendeur français a eu tort, ou raison, de la refuser.

TITRE III

Étranger contre étranger.

Les règles qui ont été établies dans les deux titres précédents sont exclusivement relatives à la compétence des tribunaux français entre deux personnes, dont l'une au moins est française.

Devront-elles avoir leur application, lorsque les parties en cause, le demandeur aussi bien que le défendeur, sont toutes deux de nationalité étrangère?

Les tribunaux français sont-ils compétents pour connaître des contestations entre étrangers ?

La question est une des plus importantes qui aient été soulevées dans les rapports internationaux. Il ne servirait à rien en effet à l'étranger d'avoir des droits à faire valoir en France, d'y rester soumis à l'empire de sa loi personnelle, s'il ne devait pas se trouver un tribunal pour veiller au respect de ses intérêts légitimes.

Notre ancienne jurisprudence établissait une distinction entre les étrangers ayant leur domicile sur le territoire français et les étrangers domiciliés hors de France : les uns pouvaient, au témoignage de Merlin, être actionnés, même par des étrangers, devant les tribunaux français; les autres devaient être recherchés devant les juges étrangers de leur domicile. L'incompétence de la justice française à l'égard de ces derniers dérivait de la règle *Actor sequitur forum rei.* Encore subissait-elle plusieurs exceptions. C'est ainsi notamment que, en matière réelle immobilière, le tribunal français de la situation du bien litigieux était compétent même entre étrangers. Les juges français pouvaient aussi connaître de certaines contestations commerciales, de réclamations formées par un étranger contre un autre étranger, à raison d'un fait légalement punissable commis en France, ou même, en toute autre matière, si les parties étaient d'accord pour s'en rapporter à leur décision.

Rien, ni dans les travaux préparatoires, ni dans le texte du Code civil et du Code de procédure civile, ne rappelle expressément la doctrine de notre ancien droit; on n'y trouve aucune règle établissant

avec certitude la compétence ou l'incompétence des tribunaux français au regard des étrangers.

Aussi la carrière est-elle ouverte à toutes les controverses : c'est la jurisprudence qui fait la loi.

Quelques doutes que nous inspire la doctrine à laquelle nos tribunaux ont cru devoir se fixer, nous allons commencer par l'exposer; puis nous établirons ce que nous croyons être les véritables principes.

Système de la jurisprudence. — Incompétence des tribunaux français entre étrangers. — La jurisprudence part de l'incompétence absolue des tribunaux français entre étrangers, et elle croit donner une satisfaction suffisante aux nécessités de la justice et de la pratique par les quelques exceptions qu'elle y apporte.

A l'appui du système de l'incompétence, on fait valoir diverses considérations.

On affirme tout d'abord que *la justice n'est due qu'aux nationaux*, que le droit de la réclamer et de l'obtenir est un privilège attaché au droit de cité.

D'un autre côté, on a fait observer que les contestations entre étrangers donnent lieu très souvent à l'application de lois étrangères, soit qu'il s'agisse d'apprécier la capacité requise pour tel acte chez un étranger, soit qu'il s'agisse d'interpréter les faits juridiques auxquels il a pris part. Or ne convient-il pas que les lois d'un État soient appliquées par les magistrats qui rendent la justice en son nom? C'est l'idée qu'expriment M. Demolombe et, avec lui, d'innombrables documents de jurisprudence.

On ajoute qu'il est impossible d'exiger de juges français la connaissance de toutes les lois de l'univers, et que, s'ils étaient tenus d'appliquer des législations étrangères, ils seraient exposés aux erreurs les plus graves et les plus préjudiciables.

Enfin, a-t-on le droit de dérober aux justiciables français un temps dont nos tribunaux leur sont redevables, et qui ne saurait être employé à la solution des contestations entre étrangers, sans que celle des conflits entre Français n'en subisse un retard fâcheux?

Tous ces motifs réunis ont amené la jurisprudence à poser en principe que les tribunaux français ne sont pas compétents dans les contestations qui n'intéressent que les étrangers.

D'ailleurs, c'est là surtout une affirmation théorique; car les atténuations que la nécessité a fait apporter à la doctrine de l'incompé-

tence sont si nombreuses et si importantes, qu'elles absorbent presque la règle, en la réduisant elle-même au rang d'une infime exception.

Les unes reposent sur des considérations juridiques qui tiennent, soit à la qualité particulière des parties en cause, soit à la nature du litige; les autres se rattachent à la procédure.

Premier groupe d'exceptions.

1° La première exception est celle dont bénéficient les étrangers admis à la jouissance des droits civils, conformément à l'article 13 du Code civil. Ils sont entièrement assimilés aux Français au point de vue de la compétence. Il suffit d'ailleurs, pour attribuer juridiction aux tribunaux français, que l'un des plaideurs, le demandeur ou le défendeur, ait été autorisé à fixer son domicile en France. Nous avons vu, en effet, que le privilège de juridiction de l'article 14 est acquis à l'un; quant à l'autre, il ne peut, à coup sûr, se retrancher derrière sa nationalité pour éviter la compétence de nos tribunaux. Capable d'assigner devant eux, il est aussi tenu de subir les conséquences passives de l'autorisation qu'il a demandée. Quelques auteurs et un certain nombre de décisions judiciaires admettent même que le domicile *de fait*, acquis par le défendeur étranger sur le sol français, est attributif de juridiction à nos tribunaux, en ce sens qu'il ne peut en décliner la compétence.

2° Une exception semblable peut être invoquée par les étrangers, dans le cas où un traité diplomatique conclu par les États auxquels ils appartiennent leur assurerait le *libre et facile accès* de nos tribunaux, soit directement, soit en leur attribuant d'une manière générale le traitement de la nation la plus favorisée. Parmi les traités de ce genre, qui sont très nombreux, nous pouvons citer ceux que la France a signés avec la Belgique, la Bolivie, le Brésil, le Costa-Rica, le Chili, l'Équateur, l'Espagne, le Honduras, le Japon, le Mexique, la Nouvelle-Grenade, le Nicaragua, le Paraguay, le Pérou, la Perse, le Portugal, la République dominicaine, la Russie, le Salvador, la Serbie, les Iles Sandwich, la Suisse, etc.

3° Les étrangers peuvent également porter leurs contestations devant les tribunaux français qui rendent la justice en Algérie. Cette faculté résulte pour eux de deux textes spéciaux; d'une part, de l'article 27 de l'ordonnance du 10 août 1834, aux termes duquel, « les tribunaux français connaissent de toutes les affaires civiles et commerciales entre Français, entre Français et indigènes ou étrangers,

entre indigènes et étrangers, *entre étrangers,* enfin entre indigènes de même religion, quand ils y consentent », de l'autre, de l'article 33 de l'ordonnance du 22 octobre 1842, ainsi conçu : « Les tribunaux français connaissent *entre toutes personnes* de toutes les *affaires civiles* ou commerciales, à l'exception de celles dans lesquelles les Musulmans sont seuls parties et qui continueront d'être portées devant les cadis ». Ces dispositions se justifient d'elles-mêmes. Lors de la conquête de l'Algérie, les étrangers y étaient, comme dans les autres Échelles de Barbarie, soumis à la juridiction de leurs consuls. L'institution des tribunaux français dans notre nouvelle possession ayant entraîné l'abolition de cette dernière, il était indispensable de la remplacer, de donner des juges aux plaideurs étrangers, ainsi qu'on l'a fait plus récemment en Tunisie, après l'établissement de notre protectorat. Il semble donc que les tribunaux algériens aient compétence pour juger *toutes* les contestations qui peuvent s'élever entre étrangers. Cependant la jurisprudence, s'autorisant des mots *affaires civiles* que l'on relève dans l'ordonnance de 1842, prétend soustraire à cette compétence les questions d'état, et elle tire argument en ce sens des décrets du 31 décembre 1859 (art. 1 et 17) et du 13 décembre 1866 (art. 1 et 4), qui mentionnant les questions d'état, après les affaires civiles et commerciales dont la connaissance entre musulmans est réservée au cadi, paraissent bien ne pas les confondre avec ces dernières.

4° Les tribunaux français se déclarent encore compétents pour connaître des actions auxquelles l'ordre public est intéressé.

Il en est ainsi des actions civiles qui naissent d'un délit ou d'un quasi-délit, commis sur le territoire français par un étranger au détriment d'un autre étranger; ils fondent leur compétence sur l'article 3, § 1 du Code civil, et ne font en général aucune distinction entre le cas où ces actions sont portées directement devant la juridiction civile et celui où la juridiction répressive en est saisie conjointement et accessoirement à l'action publique.

L'article 3, § 1 du Code civil oblige de même, dit-on, à admettre que les tribunaux français ont qualité pour ordonner les mesures urgentes ayant un caractère provisoire et conservatoire, relativement aux contestations entre étrangers, dont ils ne pourraient connaître au fond, par exemple pour statuer sur la demande d'aliments ou de provision *ad litem*[1] formée par une femme étrangère plaidant en séparation ou en

[1] Sur ce point spécial, la jurisprudence est divisée.

divorce contre son mari, sur la demande en réintégration du domicile conjugal, formée par le mari contre sa femme fugitive, sur les mesures nécessitées par l'éducation ou par l'inconduite des enfants, sur l'administration de la personne et des biens d'un mineur, d'un fou ou d'un prodigue, etc.

5° On reconnaît aussi la compétence de nos tribunaux pour juger, entre étrangers, de toutes contestations commerciales, dans tous les cas où l'article 420 du Code de procédure civile leur donnerait qualité pour connaître des litiges entre Français. Cette exception était déjà admise par nos anciens auteurs, notamment par Boullenois et par Valin, qui la fondaient sur les ordonnances de commerce de 1673 (art. 17, titre II) et de 1681 (art. 5, titre II), dans lesquelles a été puisé l'article 420. Les discussions auxquelles a donné lieu la rédaction du Code montrent que le législateur n'a pas entendu innover en cette matière et qu'il a voulu respecter les vieux usages, qui se justifient d'ailleurs par les mêmes raisons que la dispense de caution *judicatum solvi*, dont a longtemps bénéficié l'étranger en matière commerciale.

6° La jurisprudence et quelques auteurs admettent également la compétence de nos tribunaux entre étrangers, dont l'un Français d'origine, aurait acquis frauduleusement une nationalité nouvelle, pour se soustraire à leur juridiction. Si nous devions adhérer au système de l'incompétence, nous ne saurions approuver cette exception, contraire à la théorie que nous avons admise sur la *fraus legis*, appliquée aux changements de nationalité.

7° Enfin, c'est vainement que le défendeur, domicilié de fait en France, exciperait de son extranéité pour se soustraire à la compétence de la justice française, en matière personnelle ou mobilière, s'il ne justifie pas de l'existence, hors de nos frontières, de juges ayant qualité, à raison de sa nationalité ou de son domicile, pour se prononcer sur la contestation. En pareil cas, l'admission de son déclinatoire priverait son adversaire de tout recours efficace. Et nos tribunaux refusent de se prêter à un pareil déni de justice : cette jurisprudence, aujourd'hui tout à fait constante, s'applique même aux questions d'état.

Deuxième groupe d'exceptions.

1° Les tribunaux français sont compétents pour donner l'*exequatur* au jugement rendu par une juridiction étrangère entre deux étrangers.

2° Il en est de même, lorsque le demandeur étranger a en face de lui plusieurs défendeurs, dont un Français. Dans ce cas le tribunal qui a été valablement saisi au regard de ce dernier l'est aussi au regard des défendeurs étrangers, si leurs intérêts sont connexes (Cf. C. proc. civ., art. 59, § 2).

3° Lorsqu'un étranger intervient dans un procès déjà pendant entre un Français et un autre étranger, le tribunal a qualité pour statuer à son égard, dans le cas où il existe un lien direct entre les deux demandes.

4° Enfin, d'après quelques décisions, la demande en garantie, formée contre un étranger par un autre étranger déjà régulièrement déféré à un tribunal français, sera valablement soumise à la compétence de ce tribunal, pourvu qu'elle soit connexe à la demande principale.

Étant donné le point de départ de la jurisprudence, il semble que, en dehors des exceptions qui viennent d'être énumérées, nos tribunaux soient *nécessairement* incompétents pour trancher les difficultés qui pourront s'élever entre deux étrangers. Cependant, à ce point de vue encore, elle a reculé devant les conséquences logiques, devant les conséquences extrêmes de sa doctrine; et, sous le nom de *compétence facultative*, elle admet que les tribunaux français ont qualité pour juger les différends, que les plaideurs étrangers se sont spontanément accordés à soumettre à leur arbitrage. Il ressort de là que leur incompétence n'est pas d'ordre public, au moins en principe, qu'elle constitue pour les étrangers une exception toute personnelle, dont ils peuvent renoncer à se prévaloir; et encore cette renonciation ne lie-t-elle en aucune manière les juges français qui, de leur côté, sont toujours maîtres de se dessaisir du litige qui leur a été soumis.

La compétence de nos tribunaux au regard des plaideurs étrangers est donc, dans le système de la jurisprudence, facultative à un double point de vue : elle est facultative pour les plaideurs, qui peuvent la repousser; mais elle est facultative pour les magistrats français eux-mêmes, qui peuvent refuser de connaître de leurs griefs respectifs. Cette doctrine, qui s'autorise des observations échangées au Conseil d'État, lors de la discussion du Code civil, dans la séance du 6 thermidor an IX, a été affirmée en ces termes par la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mars 1858 : « Attendu, dit la Cour, que les

tribunaux français n'ont une compétence *positive* (nous dirions *obligatoire*), pour juger les contestations entre étrangers, que dans les cas où la loi leur en attribue la connaissance; que, dans les autres cas, la compétence n'étant pas réglée par la loi, est *facultative*, en ce sens que les tribunaux ne sont valablement saisis qu'autant qu'ils consentent à juger et que les parties en cause reconnaissent volontairement leur juridiction....... Attendu que les tribunaux français peuvent, sauf les cas particuliers autorisés par sa loi, s'abstenir de connaître des contestations qui s'élèvent entre des étrangers, lors mêmes que ceux-ci, par leur consentement formel, se soumettraient à leur juridiction, etc.[1]... ».

Le système de la jurisprudence, pour être bien compris, appelle quelques développements; il implique, avons-nous dit, une double faculté : faculté pour les plaideurs, faculté pour le juge.

1° *Faculté pour les plaideurs.* — Tout d'abord, on reconnaît aux parties étrangères le droit de décliner la compétence de nos tribunaux en dehors des cas exceptionnels, déjà examinés, où leur compétence est tenue pour obligatoire.

On admet généralement que l'exception d'incompétence invoquée par le défendeur étranger doit être proposée *in limine litis;* son silence équivaut à une renonciation. Autrement l'incertitude la plus complète régnerait dans le débat engagé : à tout instant de la procédure, l'étranger pourrait se soustraire aux conséquences de son choix primitif, et l'action de la justice serait subordonnée au bon plaisir d'un plaideur mécontent ou fantasque. L'acceptation tacite, qui résulte du défaut d'exception opposée par le défendeur *in limine litis,* forme entre les parties un véritable compromis, un engagement de répondre devant la justice française, et cet engagement, qui a été pris à la face de nos tribunaux, il ne peut dépendre de l'une des parties de le déchirer.

Le défendeur étranger ne sera pas davantage reçu à proposer pour la première fois le déclinatoire d'incompétence devant la juridiction d'appel. On pourrait dire à la vérité qu'il n'existe aucune solidarité entre le juge d'appel et le premier juge, que la décision prise par celui-ci et les engagements contractés devant lui sont étrangers à celui-là; et que par conséquent le défendeur est maître de contester

[1] Sirey, 1838. 1. 259.

sa compétence, quand même il a par son silence paru accepter celle du tribunal du premier degré. Il est facile de répondre que, en soumettant leurs griefs à la juridiction française, les plaideurs étrangers ont par cela même consenti à en saisir, le cas échéant, des tribunaux d'ordre supérieur; pour eux l'appel, comme le recours en cassation, n'est qu'une phase du procès en cours. Devant les juges d'appel, comme devant les juges de cassation, ils sont liés par le choix de juridiction qu'ils ont fait au début du litige, et ne sont plus libres de le modifier.

Qu'arrivera-t-il, si le tribunal, quoique saisi en temps utile de l'exception d'incompétence, refuse d'y faire droit et se déclare compétent pour connaître d'une contestation entre étrangers?

De droit commun, la jurisprudence, appliquant l'ordonnance du mois d'août 1737 *sur les règlements de juges*, admet que, entre Français, il y a lieu à règlement de juges, non seulement lorsque deux juridictions ont été simultanément saisies de la même affaire, mais encore lorsque le tribunal saisi a refusé d'accueillir le déclinatoire d'incompétence invoqué par le défendeur. L'étranger, dont le déclinatoire a été repoussé par un tribunal français, pourra-t-il, fort de cette jurisprudence, demander à la Cour de cassation un règlement de juges?

La négative est de droit, s'il réclame son renvoi devant la justice étrangère. En effet, si la Cour de cassation a qualité pour prononcer entre deux tribunaux français qui relèvent tous deux au même titre de sa haute juridiction, elle n'a aucune compétence pour résoudre le conflit qui sépare un tribunal français et un tribunal étranger, pour lequel ses décisions n'ont aucune autorité. Dans ce cas, la seule voie qui sera ouverte à l'étranger est celle de l'appel formé devant une juridiction supérieure.

Le silence gardé par le défendeur *in limine litis* n'est pas le seul fait dont on puisse induire sa renonciation à l'incompétence de nos tribunaux. Différentes circonstances peuvent être interprétées comme impliquant chez lui l'intention de se soumettre à leur juridiction. Le pouvoir d'appréciation du juge est souverain à cet égard. Il a été jugé en ce sens qu'une élection de domicile faite en France par des contractants étrangers peut être considérée comme valant acceptation de la compétence des tribunaux français; et, encore, que le déclinatoire ne peut être utilement invoqué par le défendeur, lorsque l'acte qui a donné naissance au litige a été passé en France et doit y être exécuté.

2° *Faculté pour le juge.* — Mais, en admettant que les plaideurs étrangers aient accepté la juridiction du tribunal français, rien n'oblige ce dernier, dans le système de la jurisprudence, à se déclarer compétent. Il peut refuser de connaître du litige, alors même que les règles établies par la loi française (C. pr. civ., art. 59) lui donneraient compétence au regard de Français; il peut aussi le retenir, alors même qu'il s'agirait d'une question d'état[1].

On justifie, par deux arguments, la faculté qui est ainsi laissée aux tribunaux français. D'une part, on dit qu'ils ne *doivent* la justice qu'à ceux que la loi leur indique expressément, c'est-à-dire aux Français; de l'autre, on fait remarquer que les tribunaux français, saisis par des étrangers, ne sont à proprement parler que des arbitres volontaires; que dès lors il doit leur être permis, comme à tout arbitre, de refuser de juger.

Critique du système de la jurisprudence. — Compétence des tribunaux français entre étrangers. — La doctrine de l'incompétence adoptée par la jurisprudence, même mitigée par les exceptions importantes qu'elle comporte, et par la faculté qui est donnée à nos tribunaux de s'en affranchir dans certains cas, se heurte aux objections les plus graves.

Est-il vrai, comme les tribunaux le répètent à l'envi, qu'en France la justice ne soit due qu'aux nationaux, et ne puisse être réclamée par les plaideurs étrangers que dans les cas où l'intérêt de l'État français exige qu'ils soient écoutés ? Mais cet intérêt n'existe-t-il pas dans tous les cas où un étranger s'adresse aux juridictions françaises ? La prospérité nationale et la sécurité publique veulent que la justice règne dans toute l'étendue de notre territoire; le bon ordre disparaîtrait, le jour où les droits des étrangers qui habitent au milieu de nous pourraient être impunément compromis et violés. D'ailleurs le déni de justice, dont les étrangers seraient victimes en France, provoquerait souvent de la part des autres nations des mesures de rétorsion par lesquelles seraient mis en péril les droits et les intérêts de nos nationaux expatriés.

Mais, quand même l'intérêt évident de la France ne serait pas d'ou-

[1] Pendant longtemps, on avait considéré que l'incompétence des tribunaux français entre étrangers, en matière d'état, était d'*ordre public* et qu'elle pouvait et *devait* être, le cas échéant, déclarée d'office, en tout état de cause. Une tendance nouvelle paraît aujourd'hui se manifester dans la jurisprudence.

vrir toutes grandes les portes de ses tribunaux aux plaideurs étrangers, le système que nous avons proposé, sur l'admission des étrangers à la jouissance des droits privés, nous obligerait encore à leur permettre d'ester en justice en France. Il est impossible, en effet, de voir dans cette faculté un *droit civil* réservé à nos nationaux, et dans les articles 14 et 15 du Code civil, les vestiges d'une exclusion. Étrange *droit civil* d'ailleurs que celui dont il serait permis à l'étranger de s'attribuer de lui-même le bénéfice, en n'opposant pas l'incompétence du tribunal français, si ce dernier consent à connaître du litige engagé ! Enfin, si les textes n'obligent pas le juge français à se déclarer incompétent lorsque la contestation dont il est saisi n'intéresse que des étrangers, nous pouvons ajouter que l'équité la plus élémentaire le lui défend. La loi, en effet, reconnaît aux étrangers certains droits, plus ou moins étendus, dont l'action en justice peut seule assurer l'efficacité. Ne serait-ce pas les leur reprendre, les réduire à une vaine formule, que d'interdire à leurs titulaires de les faire valoir judiciairement? Le droit d'ester devant les tribunaux est un droit naturel: c'est un droit de l'homme, et non du citoyen.

Dira-t-on que l'application d'une loi étrangère ne peut être le fait d'un juge français, qui souvent en ignore les dispositions ? Les idées qui prévalent aujourd'hui en droit international privé condamnent cette objection, qui ne tendrait à rien moins qu'à défendre, dans tous les cas, à nos tribunaux, de baser leurs sentences sur une loi promulguée hors de nos frontières. Les contestations entre Français et étrangers, pour lesquelles les articles 14 et 15 du Code civil attribuent cependant une compétence générale aux tribunaux français, celles entre étrangers admis à domicile, leur échapperaient le plus souvent, car il sera bien rare que les dispositions d'une loi étrangère n'y soient invoquées ; et les exceptions, par lesquelles la jurisprudence elle-même tempère les conséquences excessives de sa doctrine, ne se comprendraient pas. Les partisans de l'incompétence déplacent le champ de la discussion. Il ne s'agit pas en ce moment de savoir quelle législation devra être appliquée aux plaideurs, — la question a été résolue au livre précédent, — mais de rechercher quel tribunal aura qualité pour leur en faire application dans les limites de l'*ordre public international* français. Remarquons-le d'ailleurs, l'argument, s'il était fondé, conduirait à refuser à nos juridictions le droit de statuer sur la validité des actes passés par nos nationaux hors de France, dans les formes prescrites par la loi étrangère, conformément à la

règle *Locus regit actum*. Les articles 47, 170, 999 du Code civil protestent contre une semblable conséquence.

Enfin, si l'on allègue que l'incompétence des tribunaux français doit être admise, parce que la connaissance des contestations entre étrangers leur prendrait un temps précieux, au grand détriment des intérêts de nos nationaux, nous répondrons qu'une semblable raison d'ordre purement matériel, ne peut être décisive. Si nos tribunaux sont surchargés, qu'on en augmente le nombre, qu'on en multiplie les chambres; mais qu'on ne vienne pas arguer de leur insuffisance numérique, pour justifier un déni de justice.

Concluons donc que le droit d'ester devant nos tribunaux appartient aux étrangers comme aux Français; que ces tribunaux sont, à moins de stipulations contraires dans les traités, tenus de connaître de leurs différends, dans tous les cas où ils seraient compétents pour statuer entre Français, aux termes des lois françaises sur la compétence, des articles 59 et 420 du Code de procédure civile, de l'article 407 du Code de commerce; en toute matière, soit qu'il s'agisse d'une question d'état, d'une nullité de mariage, d'une séparation de corps ou de biens, d'un divorce, d'une déclaration d'absence, ou d'une contestation relative au patrimoine, d'une succession mobilière ouverte en France, etc.

Et, s'il en est ainsi pour les étrangers appartenant à un État déterminé, notre solution s'impose à plus forte raison pour ceux dont la nationalité est incertaine, pour ceux, par exemple, qui ayant abdiqué leur patrie d'origine, n'ont pas acquis la qualité de Français. Pour eux, en effet, l'incompétence du tribunal français aurait les plus désastreux effets, puisque, étrangers partout, ils n'ont plus de juridiction nationale, devant laquelle ils puissent porter leurs griefs; ils seraient donc dans la situation de parias, hors la loi et la justice. D'ailleurs, en ce qui les concerne, l'objection, que l'on tire contre les autres étrangers de la difficulté que les juges français éprouveront à appliquer une loi qui leur est étrangère, n'a plus aucune raison d'être, puisque, nous l'avons vu, c'est la loi française, loi de leur domicile ou de leur résidence, qui leur tient lieu de la loi nationale qu'ils n'ont pas.

CHAPITRE II

DES RÈGLES DE PROCÉDURE APPLICABLES AUX ÉTRANGERS

Sommaire.

TITRE I

Des formes de procédure.

Ce n'est pas assez d'avoir déterminé dans quels cas les tribunaux français ont qualité pour résoudre les contestations qui peuvent surgir soit entre Français et étrangers, soit entre étrangers seulement. Il faut encore savoir si le procès devra être engagé et suivi de la manière prescrite par la loi du tribunal saisi; ou si les formes de procédure exigées par la loi personnelle des parties devront être observées.

Les auteurs résolvent ordinairement la question par une distinction entre ce qu'ils appellent les *formes décisoires* et les *formes ordinatoires* du procès.

Les *formes décisoires* sont celles qui, se rattachant au fond même du litige, exercent une influence directe sur la solution qu'il comporte (*quæ faciunt ad litis decisionem*); elles sont gouvernées par la loi qui régit le droit contesté lui-même.

Les *formes ordinatoires* sont celles qui, étrangères au fond de la

contestation qu'il s'agit d'apprécier, et à la décision qu'elle appelle, sont exclusivement relatives à la marche de l'instance engagée (*quæ ordinationem litis respiciunt*). Ces formes sont du domaine de la *lex fori*, et ne peuvent être déterminées que par elle.

Comme exemple de *forme décisoire*, on cite l'admissibilité de tel ou tel moyen de preuve; le mode suivant lequel ce moyen reconnu admissible sera administré est au contraire considéré comme une *forme ordinatoire*. L'une est déterminée par la loi dont dépend le droit qui fait l'objet du litige; l'autre appartient à la *lex fori*.

Nous n'avons rien à objecter contre le fond de cette distinction, qui est théoriquement juste, mais il nous sera permis d'observer, au point de vue terminologique, que les *formes décisoires* ne sont pas de véritables *formes*, dans le sens que l'on attache ordinairement à ce mot. Cette dénomination ne convient en général qu'aux *formes ordinatoires*.

A ces dernières il faut sans doute appliquer la *lex fori*. Elles procèdent en effet de la nature même du tribunal saisi, de la compétence que la *lex fori* lui attribue pour connaître du litige, de son organisation propre; ce tribunal ne peut se dispenser de suivre les formes établies par le législateur dont il tient son pouvoir de juger. « Les formalités à observer par les parties pour introduire et pour diriger une action devant les autorités, ainsi que les règles à suivre par ces dernières pour rendre une décision, ne peuvent tirer leur sanction que de la loi du territoire où elles siègent; sinon, ces autorités dépendraient, dans le fait, de l'État étranger dont les lois leur traceraient les règles de conduite. On ne trouve pas d'exemple qu'une nation ait accordé un effet quelconque dans son territoire aux lois étrangères concernant la compétence des autorités et la forme de procéder devant elles[1] ».

Appliquant ce principe général aux tribunaux français, nous dirons que les règles de compétence et de procédure écrites dans la loi française devront être observées, dans tous les litiges dont ils pourront être saisis, quelle que soit la nationalité des parties en présence. Et la même règle doit être admise pour les jugements rendus en dehors du territoire continental de la France, dans les colonies françaises, et même à l'étranger, soit par nos magistrats coloniaux, soit par nos agents diplomatiques ou consulaires, dans les cas où ils sont investis d'une compétence judiciaire (Arg. anal. C. civ., art. 48).

[1] Foelix, *Dr. int. privé*, t. I, p. 276.

Mais il sera parfois assez difficile de démêler dans un procès la sphère d'application respective de la *lex fori* et de la loi étrangère. Prenons par exemple le premier acte de procédure, celui par lequel s'ouvre l'instance, l'assignation qui appelle un défendeur étranger à comparaître devant la justice française. Si l'étranger a un domicile réel ou d'élection, ou une résidence en France, les règles ordinaires établies par le Code de procédure s'appliqueront sans difficulté. Mais, en admettant qu'il habite hors de nos frontières, l'assignation devra-t-elle être donnée dans les formes françaises, ou dans celles qui sont usitées au lieu où réside le défendeur? La question est douteuse. En effet, au moment où l'assignation est lancée, l'instance n'est pas encore liée, les plaideurs ne sont pas encore devant le juge, et le point de savoir si ce dernier sera valablement saisi, et s'il y a par conséquent une *lex fori* applicable à la procédure, est subordonné à la validité de l'acte introductif d'instance. D'autre part, chaque législation a entouré la signification des actes de procédure de certaines formalités et de certaines garanties, destinées à en faciliter la connaissance aux intéressés. Ici on exige un exploit d'huissier; là une lettre chargée suffit; ailleurs une publication faite dans les journaux tient quelquefois lieu de signification. Or, la règle *Locus regit actum*, par application de laquelle nous avons résolu les conflits de lois relatifs aux formes extérieures des actes, ne doit-elle pas valider l'assignation donnée sur le territoire étranger, dans les formes locales?

Ces raisons sont très sérieuses; en théorie, elles méritent la plus grande considération; mais, dans la pratique, l'application de la règle *Locus regit actum* serait souvent pour le demandeur la cause de frais, de lenteurs, d'embarras de toute sorte, auxquels seuls des traités internationaux pourraient porter remède.

Le Code de procédure civile s'est préoccupé des moyens de faire parvenir aux personnes domiciliées ou résidant hors de France les assignations lancées contre elles. L'article 69, légèrement modifié par la loi du 11 mai 1900, s'exprime ainsi qu'il suit dans ses §§ 8, 9 et 10 : « Seront assignés : 8° ceux qui n'ont aucun domicile connu en France, au lieu de leur résidence actuelle : si le lieu n'est pas connu, l'exploit sera affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée; une seconde copie sera donnée au procureur de la République, lequel visera l'original; 9° ceux qui habitent le territoire français hors de l'Europe et de l'Algérie, et ceux qui sont établis dans les pays placés sous le protectorat de la France,

autre que la Tunisie, au parquet du procureur de la République près le tribunal où la demande est portée, lequel visera l'original et enverra directement la copie au chef du service judiciaire dans la colonie ou le pays de protectorat; 10° ceux qui habitent à l'étranger, au même parquet qui, dans les mêmes conditions, enverra la copie au ministre des Affaires étrangères ou à toute autre autorité déterminée par les conventions diplomatiques ».

Bien que la disposition de l'article 69 semble n'avoir en vue que le défendeur français, elle doit être étendue, par analogie des motifs, aux étrangers domiciliés ou résidant hors de la France continentale.

L'étranger une fois valablement assigné devant un tribunal français, conformément aux règles qui précèdent, il faudra mesurer d'après la *lex fori*, c'est-à-dire d'après la loi française, les délais dans lesquels il devra comparaître.

S'il est domicilié en France, le délai sera de huitaine augmentée à raison des distances, en matière civile (C. pr. civ., art. 72 et 1033). Des règles particulières lui sont applicables, ainsi qu'au Français d'ailleurs, s'il habite hors de la France continentale.

C. pr. civ., art. 73 (modifié par la loi du 3 mai 1862) : « Si celui qui est assigné demeure hors de la France continentale, le délai sera : 1° Pour ceux qui demeurent en Corse, en Algérie, dans les Iles Britanniques, en Italie, dans le royaume des Pays-Bas et dans les États ou Confédérations limitrophes de la France, d'un mois; 2° Pour ceux qui demeurent dans les autres Etats, soit de l'Europe, soit du littoral de la Méditerranée et de celui de la Mer Noire, de deux mois; 3° Pour ceux qui demeurent hors d'Europe, en deçà des détroits de Malacca et de la Sonde et en deçà du cap Horn, de cinq mois; 4° Pour ceux qui demeurent au delà des détroits de Malacca et de la Sonde et au delà du cap Horn, de huit mois. — Les délais ci-dessus seront doublés pour les pays d'outre-mer, en cas de guerre maritime ».

Art. 74 : « Lorsqu'une assignation à une partie domiciliée hors de France sera donnée à sa personne en France, elle n'emportera que les délais ordinaires, sauf au tribunal à les prolonger s'il y a lieu ».

La convention de la Haye, conclue à la date du 14 novembre 1896, entre la France, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal et la Suisse, fortifiée plus tard par l'adhésion de la Suède et de la Norwège, du Danemark, de l'Allemagne, de l'Autriche-Hongrie, de la Roumanie et de la Russie, a consacré ses

articles 1 à 4 à la transmission internationale des actes judiciaires ou extrajudiciaires :

Article premier. — « En matière civile ou commerciale, les significations d'actes à destination de l'étranger se feront sur la demande du ministère public ou des tribunaux, adressée à l'autorité compétente de l'État étranger. La transmission se fera par la voie diplomatique, à moins que la communication directe ne soit admise entre les autorités des deux États.

Art. 2. — « La signification sera faite par les soins de l'autorité requise. Elle ne pourra être refusée que si l'État, sur le territoire duquel elle devrait être faite, la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité.

Art. 3. — « Pour faire preuve de la signification, il suffira d'un récépissé daté et légalisé, ou d'une attestation de l'autorité requise, constatant le fait et la date de la signification. Le récépissé ou l'attestation sera transcrit sur l'un des doubles de l'acte à signifier ou annexé à ce double qui aurait été transmis dans ce but.

Art. 4. — « Les dispositions des articles qui précèdent ne s'opposent pas : 1° à la faculté d'adresser directement, par la voie de la poste, des actes aux intéressés se trouvant à l'étranger; 2° à la faculté pour les intéressés de faire faire des significations directement par les soins des officiers ministériels ou des fonctionnaires compétents du pays de destination; 3° à la faculté pour chaque État de faire faire, par les soins de ses agents diplomatiques ou consulaires, les significations destinées à l'étranger. Dans chacun de ces cas, la faculté prévue n'existe que si les lois des États intéressés ou les conventions intervenues entre eux l'admettent ».

Au surplus ce n'est pas seulement à la forme des actes judiciaires, à celle des ajournements en particulier, et au moyen de les faire parvenir à la connaissance de ceux qu'ils intéressent, que la *lex fori* est applicable, sous la réserve des stipulations particulières qui ont pu trouver place dans les traités.

C'est elle encore qui règle le nombre, la nature et la forme des divers actes de procédure que l'instance nécessite, le délai dans lequel ils doivent être faits et signifiés; c'est elle qui préside à la rédaction et au prononcé du jugement qui termine le procès, à sa passation en force de chose jugée, à son exécution provisoire, à la détermination des voies de recours dont il est susceptible, au délai dans lequel

l'appel, l'opposition, la requête civile ou le pourvoi en cassation devra être formé, enfin aux effets de ces divers recours.

Les règles relatives à la péremption d'instance sont-elles du ressort de la *lex fori?* On pourrait dire, en faveur de la négative, que la péremption de l'instance entraîne parfois la perte du droit litigieux lui-même, lorsqu'elle coïncide avec une prescription; que par suite il est juste de la soumettre aux règles qui gouvernent le fond du procès. Tel n'est pas notre avis. Pour déterminer la loi applicable, il faut considérer le fait de la péremption pris en lui-même, et non pas les conséquences accidentelles et indirectes qui peuvent en dériver. Or la péremption n'exerce pas d'influence immédiate sur le droit contesté, son unique objet est d'empêcher que les procès ne s'éternisent et d'assurer leur marche régulière; dès lors elle doit être régie, comme toutes les *formes ordinatoires*, par la *lex fori*.

TITRE II

De l'administration des preuves.

C'est la loi même qui est applicable au fond du droit litigieux qui décide à qui, des parties en cause, incombe le fardeau de la preuve à fournir : « L'obligation de faire la preuve, disent en ce sens MM. Asser et Rivier, n'appartient pas à la procédure, mais au fond même du droit. Mon droit que j'affirme est reconnu, tant que ma partie adverse n'aura pas prouvé certains faits; il vaut donc mieux, il est plus fort, que s'il dépendait d'une preuve que je serais obligé de fournir[1] ».

C'est également la loi qui gouverne le fond du procès qui doit être consultée quand il s'agit de savoir quelles preuves seront admissibles.

En vain dirait-on que, les preuves ayant pour objet de convaincre le juge du bien-fondé des prétentions dont il a à connaître, il n'est pas possible de l'obliger à tenir compte des preuves que la *lex fori* repousse.

Nous répondrons que, si c'est là un inconvénient des systèmes qui combattent l'application de la *lex fori*, la doctrine qui s'en tient à cette dernière n'en est pas non plus dépourvue. Il serait en effet sou-

[1] Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 167.

verainement injuste qu'une personne, ayant traité sous l'empire d'une loi qui admet la preuve testimoniale par exemple, et qui ne s'est pas préoccupée d'assurer à son droit une preuve différente, soit empêchée de le faire valoir, parce que, à la suite de circonstances qu'elle ne pouvait prévoir, comme un changement de domicile de son débiteur, le procès est porté devant les juges d'un pays où la preuve par témoins n'est jamais reçue.

La preuve ne peut être isolée du droit dont elle sert à établir l'existence; les moyens de preuve admissibles doivent, à moins de condamner ce droit à une irrémédiable incertitude, être déterminés au jour même de sa naissance, et ils ne peuvent l'être que par la loi qui préside à cette naissance. *Diversitas fori*, disait Dumoulin, *non debet meritum causæ variare*.

Il faudra donc appliquer, suivant les distinctions présentées au livre précédent, tantôt la loi personnelle du titulaire, tantôt celle du lieu où le fait générateur du droit s'est passé.

S'agit-il d'une action en recherche de maternité, la loi de l'enfant déterminera, dans les limites de l'*ordre public international*, les moyens sur lesquels il pourra appuyer sa prétention.

S'agit-il d'un contrat intervenu en Allemagne entre un Français et un Russe, la *lex loci contractus*, c'est-à-dire la loi allemande, décidera, à moins de stipulation contraire, de l'admissibilité de tel ou tel moyen de preuve. Si c'est un acte authentique que cette loi exige, il suffira que l'authenticité lui soit reconnue par la législation du lieu où il a été rédigé, conformément à l'adage *Locus regit actum;* si c'est un acte sous seing privé, par exemple un livre de commerce, il sera valablement invoqué, pourvu que les formes locales aient été observées au lieu où il a été rédigé ou tenu.

C'est la loi suivant laquelle doit être jugée la contestation engagée qui dira si le demandeur peut établir son droit par témoins. Si donc cette loi autorise la preuve testimoniale, même au-dessus de 150 francs, le tribunal français saisi de la contestation ne pourra la repousser, en se basant sur les termes de l'article 1341 du Code civil, qui n'a rien de commun avec l'*ordre public international*.

La même règle convient aux diverses présomptions auxquelles la loi reconnaît une influence quelconque sur la solution du litige; leur admissibilité dépend de la loi qui doit être appliquée à ce dernier. M. Brocher établit à cet égard, en se plaçant au point de vue du Code civil, une distinction entre les présomptions dites *de l'homme*,

que le juge est maître de déduire des faits et circonstances de la cause, et les présomptions *légales*, qui le lient. Il gouverne les unes par la *lex fori*, les autres par la loi qui régit le droit contesté lui-même[1]. Cette distinction nous paraît inexacte et subtile. Il est vrai que la loi française attribue aux tribunaux un certain pouvoir d'appréciation relativement à l'admission des présomptions de l'homme; mais on ne peut dire que cela suffise à les ranger parmi les matières *ordinatoires*, soumises à l'action exclusive de la *lex fori*. Avant d'apprécier les présomptions invoquées, de décider si elles sont graves, précises et concordantes, il faut que le juge sache si les plaideurs ont le droit d'y recourir, et ce point ne peut être résolu que par la loi qui préside à la détermination du fait juridique à prouver. « Les présomptions décident le procès aussi bien que les témoignages. Donc les parties, en contractant, doivent compter sur les unes comme sur les autres, les deux preuves se confondant[2] ».

De même, les difficultés relatives à l'admissibilité de l'aveu et du serment comme moyens de preuve, et à leur force probante, seront tranchées conformément à la loi qui est applicable au fait à prouver.

Mais, une fois les divers modes de preuve que comporte la contestation étant déterminés de la manière qui vient d'être dite, il faut encore savoir en quelle forme ils seront invoqués. C'est ici qu'intervient la *lex fori*. La loi du tribunal saisi réglementera donc les formes de la vérification d'écriture, du faux incident civil, de l'enquête, etc., les formes dans lesquelles le serment devra être prêté. Il en résultera souvent un embarras sérieux, lorsque la *lex fori* ne reconnaît pas les mêmes preuves que la loi qui régit le fond du litige, bien que ces preuves n'aient, par elles-mêmes, rien de contraire à l'*ordre public international*, et n'indique aucune procédure en vue de leur administration. Aux juges à apprécier. Peut-être serait-il possible de venir en aide à leurs incertitudes par des conventions internationales?

TITRE III

Des commissions rogatoires internationales.

Les instances engagées devant les tribunaux d'un État nécessitent parfois l'accomplissement de certains actes judiciaires sur un territoire

[1] Ch. Brocher, *Nouveau traité de droit int. privé*, p. 291 et s.
[2] Laurent, *Droit civil international*, t. VIII, p. 88.

étranger. Il s'agit, par exemple, de faire entendre des témoins qui se refusent à tout déplacement, de procéder à un interrogatoire, à une expertise, de recevoir un serment, etc. Dans ce cas, il est d'usage que les juges saisis du procès adressent, soit aux consuls de leur nation, soit aux autorités du pays où doit avoir lieu l'acte d'instruction réclamé par sa solution, un mandat à l'effet d'y procéder. Ce mandat porte le nom de *lettre* ou *commission rogatoire*.

L'usage des commissions rogatoires, adopté depuis longtemps déjà par la pratique internationale, si ce n'est en Angleterre et aux États-Unis, tend à devenir de plus en plus fréquent.

Mais l'indépendance respective des différents États s'oppose à ce que la commission rogatoire, délivrée par les magistrats d'une nation déterminée, soit obligatoire pour les autorités étrangères auxquelles elle est adressée; elles peuvent refuser de s'y soumettre, à moins qu'une loi de leur propre pays ou un traité ne les y oblige.

Le Code de procedure civile français ne contient aucune disposition relative à l'échange de commissions rogatoires entre les tribunaux français et étrangers.

Une circulaire du ministre de la Justice, en date du 19 décembre 1891[1], fixe les règles que doivent suivre les magistrats français saisis de commissions rogatoires venues de l'étranger : « J'estime, dit le ministre, qu'en principe le juge français doit, pour l'exécution du mandat judiciaire étranger se conformer aux prescriptions de la loi française; telles étaient les anciennes instructions que donnait mon département; elles s'appuyaient sur le principe bien connu du droit international privé, dont nos lois civiles contiennent plusieurs applications, et d'après lequel la forme des actes est régie par la loi du pays où ils sont passés. Cependant je ne vois point d'inconvénient à ce que les juges français suivent certaines formes indiquées par la loi étrangère, lorsque les magistrats étrangers en expriment le désir. toutes les fois du moins que leur demande n'est pas en contradiction avec nos lois et nos usages judiciaires. L'exécution des commissions rogatoires soulève parfois, en effet, des questions de fond, à l'égard desquelles l'application de la loi étrangère peut être considérée comme juridiquement nécessaire. Il en est ainsi notamment en ce qui concerne le serment déféré à l'une des parties. Il paraît rationnel qu'il soit prêté suivant la formule prescrite par la loi étrangère, lorsque la réquisi-

[1] *Journal du dr. int. pr.*, 1892, p. 566 et s.

tion du tribunal étranger contient une mention expresse sur ce point. Ce sont là d'ailleurs des questions à l'égard desquelles je dois me borner à ces simples indications : il appartient aux tribunaux de les trancher conformément à leur propre appréciation, en s'attachant, dans le silence de la loi française, aux principes généraux du droit ».

Rappelons enfin que le Gouvernement français a conclu avec divers États des conventions relatives à l'exécution des commissions rogatoires délivrées par leurs autorités respectives; ce sont : 1° le traité franco-badois du 16 avril 1846 (art. 4), maintenu et déclaré applicable à l'Alsace-Lorraine par l'article 18 de la convention additionnelle franco-allemande du 11 décembre 1871; 2° la convention franco-suisse du 15 juin 1869 (art. 21); 3° la convention de la Haye du 14 novembre 1896. Les articles 5 à 10 de cette dernière convention qui unit un grand nombre d'États (V. ci-dessus p. 651) s'expriment ainsi qu'il suit :

Art. 5. — « *En matière civile ou commerciale*, l'autorité judiciaire d'un État contractant pourra, conformément aux dispositions de sa législation, s'adresser, par commission rogatoire, à l'autorité compétente d'un autre État contractant pour lui demander de faire, dans son ressort, soit un acte d'instruction, soit d'autres actes judiciaires.

Art. 6. — « La transmission des commissions rogatoires se fera par la voie diplomatique, à moins que la communication directe ne soit admise entre les autorités des deux États. Si la commission rogatoire n'est pas rédigée dans la langue de l'autorité requise, elle devra, sauf entente contraire, être accompagnée d'une traduction, faite dans la langue convenue entre les deux États intéressés, et certifiée conforme.

Art. 7. — « L'autorité judiciaire à laquelle la commission est adressée sera obligée d'y satisfaire. Toutefois elle pourra se refuser à y donner suite : 1° si l'authenticité du document n'est pas établie; 2° si, dans l'État requis, l'exécution de la commission rogatoire ne rentre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire. En outre cette exécution pourra être refusée, si l'État, sur le territoire duquel elle devrait avoir lieu, la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité.

Art. 8. — « En cas d'incompétence de l'autorité requise, la commission rogatoire sera transmise d'office à l'autorité judiciaire compétente du même État, suivant les règles établies par la législation de celui-ci.

Art. 9. — « Dans tous les cas où la commission rogatoire n'est pas exécutée par l'autorité requise, celle-ci en informera immédiatement l'autorité requérante, en indiquant, dans le cas de l'article 7, les raisons pour lesquelles l'exécution de la commission rogatoire a été refusée, et, dans le cas de l'article 8, l'autorité à laquelle la commission est transmise.

Art. 10. — « L'autorité judiciaire, qui procède à l'exécution d'une commission rogatoire, appliquera les lois de son pays, en ce qui concerne les formes à suivre. Toutefois, il sera déféré à la demande de l'autorité requérante, tendant à ce qu'il soit procédé suivant une forme spéciale, même non prévue par la législation de l'État requis, pourvu que la forme dont il s'agit ne soit pas prohibée par cette législation ».

CHAPITRE III

DES EFFETS INTERNATIONAUX DES JUGEMENTS

Sommaire.

TITRE I

Généralités.

Toute décision émanée de la justice produit en principe, dans le pays où elle a été rendue, deux effets importants :

1° Elle procure, lorsqu'elle est définitive, l'*exception de la chose jugée*, et empêche, en conséquence, que l'objet du litige qu'elle a résolu soit à nouveau remis en question;

2° Elle crée au profit de celui qui l'a obtenue un titre pour obliger, *etiam manu militari*, la partie condamnée à obéir à ses injonctions.

C'est ce double effet que l'on exprime en disant qu'à tout jugement régulier appartiennent, dans les limites du pays où il est intervenu, l'*autorité de la chose jugée* et la *force exécutoire*. L'hypothèque que quelques législations attachent aux décisions judiciaires, en vue d'en garantir l'exécution, est liée à ce dernier attribut.

Un jugement peut-il produire par lui-même quelque effet en dehors du territoire de l'État, au nom duquel il a été rendu? Y sera-t-il revêtu de l'autorité de la chose jugée au regard des tribunaux étrangers? Les agents du gouvernement étranger seront-ils tenus de prêter

main-forte à son exécution? Et celle-ci sera-t-elle garantie par un droit hypothécaire sur les immeubles qui peuvent appartenir, en pays étranger, au débiteur condamné?

La question se pose, quelles que soient les nationalités respectives des plaideurs dont le différend a été vidé : il n'importe qu'ils soient Français ou qu'ils soient étrangers.

En ce qui touche l'autorité de la chose jugée, nous pensons que rien ne s'oppose à ce qu'elle soit reconnue *de plano* au jugement étranger, en dehors du pays où il a été rendu, dès que ce jugement est régulier en la forme, dès qu'il émane de juges compétents d'après la *lex fori,* et qu'il a, d'après la même loi, l'autorité de la chose jugée, pourvu enfin qu'il ne méconnaisse aucun principe d'*ordre public international,* au lieu où il est produit. L'indépendance de l'État sur le sol duquel ce jugement est invoqué n'est pas en cause; le concours matériel de ses agents n'est pas réclamé. Tout ce qu'on lui demande, c'est de ne pas tenir pour non avenu un fait régulièrement accompli ailleurs, d'attribuer à la décision des magistrats étrangers la même force probante qu'à tout autre acte authentique reçu par un officier public, au quasi-contrat judiciaire que cette décision suppose entre les parties la même valeur qu'à un contrat notarié, ou, si l'on veut, à la *lex specialis* qu'elle édicte au regard des plaideurs le même effet qu'à leurs lois personnelles proprement dites.

Mais, dès qu'il s'agit de faire appel à la force publique pour obtenir l'exécution d'une sentence étrangère, la souveraineté locale recouvre ses droits. Des juges étrangers ont le droit d'agir et d'ordonner dans les limites de leur compétence territoriale; ils ne peuvent exiger que leurs injonctions soient obéies au dehors. L'autorité coactive de leurs décisions expire à la frontière: « Extra territorium jus dicenti impune non paretur ». Ainsi le veut le respect de l'indépendance réciproque des États, qui est la base nécessaire de toutes relations internationales.

Cependant l'application rigoureuse de ce principe engendrerait les conséquences les plus regrettables et les plus iniques, si elle devait toujours avoir pour effet de mettre le plaideur, qui a triomphé devant des juges étrangers, dans l'impossibilité d'obtenir l'exécution du jugement prononcé en sa faveur, sur les biens que son débiteur possède en un autre pays et qui forment peut-être son unique garantie. Un tempérament est indispensable, et ce tempérament, admis par toutes les législations, résulte soit d'une déclaration d'*exequatur*, soit d'une loi, soit d'un traité diplomatique.

La loi française contient à cet égard une double disposition.

C. pr. civ., art. 546 : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers..... ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière suivante et dans les cas prévus par les articles 2123 [et 2128] du Code civil ».

C. civ., art. 2123, *in fine :* « L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités ».

TITRE II

De l'exequatur.

L'*exequatur* est la décision par laquelle le tribunal revêt de la formule exécutoire un jugement étranger, et prête à ce jugement, sur le territoire de l'État, au nom duquel il rend la justice, le concours de la loi et l'appui des autorités locales.

Nous rechercherons, sous ce titre :

1° Pour quelles décisions l'*exequatur* est requis en France;

2° Quels sont les pouvoirs du tribunal français, auquel il est demandé;

3° Comment l'*exequatur* s'obtient;

4° Quels sont ses effets.

1° *Pour quelles décisions l'*EXEQUATUR *est-il requis?*

L'article 2123 du Code civil parle de « jugements *rendus en pays étranger* » : ce qui semblerait comprendre même les décisions émanées de nos agents consulaires, dans les cas où la loi française leur attribue un droit de juridiction contentieuse sur nos nationaux à l'étranger. Mais pareille conséquence est inadmissible. Les jugements de nos consuls faisant fonctions de tribunaux français produisent par eux-mêmes, et en dehors de toute intervention des autorités de la métropole, tous les effets qui sont attachés aux jugements français; ils sont revêtus de l'autorité de la chose jugée et sont *de plano* exécutoires en France, pourvu que leur authenticité soit attestée, par la légalisation de la signature du consul, donnée au ministère des Affaires étrangères, en vertu de l'ordonnance du 25 octobre 1833 (art. 10).

D'ailleurs l'article 546 du Code de procédure civile repousse toute équivoque; il limite aux « jugements *rendus par les tribunaux étrangers* » la nécessité de l'*exequatur*.

Deux conditions doivent donc se trouver réunies pour qu'il y ait lieu en France à une déclaration d'*exequatur : a*) il faut qu'un *jugement* ait été rendu; *b*) il faut que ce jugement émane d'un *tribunal étranger*.

Première condition. — Il faut qu'il y ait un *jugement*.

Les actes politiques, même touchant à des matières judiciaires, les décisions, même contentieuses, rendues par des autorités administratives, ne rentrent pas, de l'avis général, dans les termes de la loi, qui s'occupe uniquement des jugements civils ou commerciaux.

Encore la règle posée par les articles 546 du Code de procédure civile et 2123 du Code civil, subit-elle exception, dans le cas où un jugement a été rendu à l'étranger en exécution d'une décision de la justice française.

Il a même été jugé qu'elle ne s'applique pas aux condamnations civiles prononcées par un tribunal répressif étranger, accessoirement à une condamnation pénale; mais cette décision n'échappe pas à toute critique et est loin d'être généralement acceptée.

Enfin, il faut limiter aux jugements contenant des condamnations et réclamant par suite des mesures d'exécution la nécessité de l'*exequatur*. Les actes de juridiction gracieuse ou volontaire qui se bornent à constater un fait en sont affranchis en principe, puisque, selon nous, l'autorité de la chose jugée leur appartient de plein droit.

Les auteurs et, après quelques hésitations, la jurisprudence elle-même admettent que les jugements rendus par les tribunaux étrangers relativement à l'état et à la capacité des personnes peuvent être invoqués en France, indépendamment de toute déclaration d'*exequatur*. Le mariage, dont la nullité ou la dissolution a été prononcée à l'étranger par les tribunaux compétents, est par cela seul inexistant chez nous. L'individu frappé d'interdiction hors de nos frontières est incapable d'accomplir sur notre territoire les actes de la vie juridique. L'existence de la personne déclarée absente dans son pays est de même tenue en France pour incertaine, le tout dans les limites de l'*ordre public international*.

Indépendamment de l'argument péremptoire qui nous est fourni par le système que nous avons adopté sur l'autorité de la chose jugée qu'il faut reconnaître à toute sentence étrangère, l'article 3, § 3 du Code civil est favorable à cette solution. Le statut personnel, dont il reconnaît l'exterritorialité, ne consiste pas exclusivement en dispositions légales proprement dites; il comprend également les jugements qui les complètent et qui les expliquent.

D'ailleurs, la décision par laquelle un tribunal étranger a défini ou modifié l'état de ses justiciables ne nécessite pas ordinairement l'intervention des autorités locales pour arriver à son exécution. On peut dire que, à l'instant où elle est rendue, elle est exécutée; son effet est produit vis-à-vis de la personne qu'elle concerne. L'indépendance de l'État sur le territoire duquel elle est alléguée sera suffisamment protégée contre les abus possibles par le droit qui appartient aux magistrats locaux de subordonner à une sentence d'*exequatur* tout acte d'exécution matérielle, qui, bien que dépendant dans une certaine mesure de l'état des personnes, ne se confondrait pas avec lui. Ainsi le jugement qui a prononcé l'interdiction d'un insensé consacrera en France son incapacité, en dehors de toute intervention de la justice française; mais il n'en sera pas de même du jugement qui aurait pourvu à l'administration de ses biens, qui en aurait ordonné la vente; ce dernier ne produira ses effets sur le sol français que s'il a été rendu exécutoire par nos tribunaux.

Que l'on n'objecte pas l'*ordre public international !* L'*ordre public international*, en effet, restreint également en France l'application de toutes les lois étrangères d'état et de capacité, et personne ne songe à soumettre leur exterritorialité à une déclaration d'*exequatur*. Qu'il s'agisse d'une loi étrangère ou qu'il s'agisse d'un jugement étranger, l'intérêt général est garanti par le principe supérieur du droit international, qui permet aux autorités locales de refuser leur concours ou leur sanction à des droits ou à des actes qu'elles jugeraient périlleux pour l'ordre public et pour les mœurs, et de n'en tenir aucun compte.

Deuxième condition. — Il faut que le jugement ait été rendu par un *tribunal* étranger.

Cette condition se trouvera obéie, dès que la juridiction qui a statué a une existence régulière et est officiellement investie du droit de juger par un État étranger.

Les sentences rendues par des arbitres étrangers seront-elles assujetties en France aux formalités de l'*exequatur* établies par l'article 546 du Code de procédure civile? La question doit être résolue par une distinction. Ou bien l'arbitrage a été purement volontaire; les parties, entre lesquelles un différend s'est élevé, sont convenues librement de s'en remettre à la décision d'arbitres qu'elles ont choisis à l'amiable et dont elles acceptent d'avance le verdict favorable ou défavorable à leurs prétentions respectives : dans ce cas, nous nous trouvons en présence d'une simple convention entre particuliers, soumise aux règles de fond et de forme qui sont communes à toutes les conventions; et, pour être mise à exécution en France, la sentence arbitrale ainsi rendue devra seulement satisfaire aux règles qui gouvernent l'exécution de celles qui sont intervenues en France : c'est donc le président du tribunal, agissant seul, aux termes de l'article 1020 du Code de procédure civile, qui la revêtira de la formule exécutoire[1]. Ou bien, au contraire, l'arbitrage a été imposé aux plaideurs par une disposition légale; dans ce cas, la décision de l'arbitre devient un véritable acte de juridiction dans lequel la volonté des parties ne joue aucun rôle; et alors, empruntant le caractère d'un jugement étranger, elle devra être rendue exécutoire chez nous de la même manière, c'est-à-dire par une déclaration d'*exequatur* émanant du tribunal tout entier.

2° *Quels sont les pouvoirs du tribunal français, auquel l'*EXEQUATUR *est demandé?*

Mettons tout d'abord à part quelques points sur lesquels aucun dissentiment n'est possible.

1° Il est certain que le jugement étranger ne pourra être déclaré exécutoire en France que s'il est régulier en la forme. La partie qui s'oppose à l'exécution n'aura donc, pour avoir gain de cause, qu'à établir les vices ou causes de nullité dont la décision alléguée est affectée, suivant la loi étrangère sous l'empire de laquelle elle a été rendue.

2° De même, il appartient au tribunal français d'examiner si le jugement émane de juges compétents, au regard de la *lex fori*.

[1] V. cep. Paris, 10 décembre 1901 (*Journal du dr. int. pr.*, 1902, p. 314), et Lainé, *ibid.*, 1899, p. 641 et s. Notre savant collègue, dont l'opinion a été adoptée par la Cour de Paris, enseigne que les sentences arbitrales étrangères doivent être déclarées exécutoires en France dans les mêmes conditions que les jugements proprement dits.

3° Le jugement étranger ne peut être revêtu de la formule exécutoire en France qu'autant qu'il a déjà, dans le pays où il a été rendu, l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire.

4° Enfin l'*exequatur* ne lui sera donné qu'autant qu'il ne méconnaît aucun principe considéré en France comme étant d'*ordre public international;* il lui sera refusé, par exemple, s'il a enfreint les droits de la défense ou s'il est en contradiction avec une sentence antérieurement rendue par une juridiction française.

Mais en dehors de ces règles, sur lesquelles tout le monde est plus ou moins d'accord, quels sont les pouvoirs du tribunal français saisi d'une demande à fin d'*exequatur ?*

Plusieurs systèmes partagent les auteurs et les tribunaux.

Le premier accorde au tribunal français un droit de révision intégrale sur le jugement qui lui est déféré. En effet, dit-on, les décisions de la justice étrangère sont dépourvues de toute force et de toute autorité sur le territoire français : le principe de l'indépendance respective des États exige qu'elles y soient regardées comme inexistantes. Parler de la force exécutoire qui leur est donnée par nos tribunaux, c'est commettre une inexactitude de langage; car on ne peut rendre exécutoire ce qui n'existe pas. La sentence improprement appelée déclaration d'*exequatur* est à vrai dire une sentence nouvelle, rendue sur un procès nouveau, que les parties ont eu toute liberté de débattre devant les juges français. Ce système conduit à dire que jamais un tribunal français ne doit accorder l'*exequatur* à un jugement rendu entre deux étrangers, dans tous les cas où il serait incompétent pour statuer directement sur le litige déjà résolu à l'étranger, à lui permettre d'augmenter les condamnations prononcées par le juge étranger, et de statuer sur des conclusions qui n'ont pas été soumises à ce dernier.

Dans un second système, qui prévaut dans la jurisprudence, on admet bien que la décision rendue par le tribunal étranger constitue un titre, valant par lui-même et susceptible d'être déclaré exécutoire, mais on lui dénie l'autorité de la chose jugée, et on reconnaît au tribunal qui en est saisi le droit d'examiner, sur la réquisition de la partie contre laquelle l'exécution est demandée, le fond même de la contestation, et de s'appuyer sur les résultats de cet examen, pour accorder ou pour refuser l'*exequatur*. Ce droit de révision, dit-on, est légitime, car le jugement invoqué en France a peut-être été rendu par un tribunal n'offrant aucune garantie de bonne justice et d'im-

partialité; l'intervention de la justice française corrigera ce que ses décisions peuvent avoir de défectueux et d'inique. D'ailleurs l'article 2123 du Code civil n'autorise-t-il pas implicitement ce système? Si les juges français n'étaient pas investis d'un droit de révision sur les jugements étrangers, le législateur aurait vraisemblablement donné au président du tribunal qualité pour les rendre exécutoires par un simple visa, comme quand il s'agit d'une sentence arbitrale, il n'aurait pas réclamé pour une formalité toute matérielle l'intervention du tribunal lui-même. Enfin on ajoute que la pratique du Gouvernement français semble favorable au droit de révision, puisque, par divers traités, il a cru devoir y renoncer, en faveur d'autres Puissances: n'est-ce pas reconnaître que de droit commun nos tribunaux en sont investis?

Un troisième système distingue, suivant que le jugement, dont l'exécution est poursuivie, a été rendu contre un Français ou contre un étranger. Dans le premier cas, le Français condamné peut de nouveau débattre le fond du procès devant le tribunal saisi de la demande d'*exequatur*, comme s'il n'avait encore reçu aucune solution. Dans le second, la mission du tribunal français se réduit à une formalité de visa et exclut toute discussion nouvelle sur les intérêts engagés. L'ordonnance de 1629 consacrait une distinction semblable, dans son article 121 : « Les jugements rendus, contrats ou obligations reçues ès-royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre dit royaume : ainsi les contrats tiendront lieu de simples promesses, et nonobstant les jugements, *nos sujets* contre lesquels ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos officiers ». Or, ce texte n'a été que partiellement abrogé par les articles 2123 du Code civil et 546 du Code de procédure; ils remplacent par des prescriptions nouvelles la première disposition de l'article 121 de l'ordonnance, mais ils ne sont nullement inconciliables avec le maintien du surplus, que rien dès lors n'empêche d'appliquer.

Nous n'acceptons aucun de ces trois systèmes.

Les deux premiers ont ce défaut commun, qu'ils substituent un jugement français au jugement rendu par le tribunal étranger. Or, l'article 2123 attache l'hypothèque au jugement *étranger* lui-même; entendue autrement, sa disposition serait inutile, puisque les jugements français emportent toujours hypothèque. D'ailleurs, dans ce texte, ainsi que dans l'article 546 du Code de procédure civile, il est question

de rendre *exécutoires*, de mettre à *exécution* les décisions de la justice étrangère. Or, « on ne peut jamais déclarer exécutoire que *ce qui de soi-même a caractère et force de jugement*, mais dont l'exécution est seulement suspendue par le défaut de juridiction sur le territoire d'un autre État »[1]. L'argument que l'on tire de l'intervention du tribunal français tout entier à l'instance d'*exequatur* n'est pas décisif. La délivrance de l'*exequatur* au jugement étranger n'est pas une opération aussi simple que celle de l'*exequatur* requis pour les sentences arbitrales; les questions de validité, de compétence, d'*ordre public international*, qu'elle soulève, exigent souvent un examen minutieux, auquel un magistrat unique aurait quelque peine à procéder. Du reste, les traités qui excluent le droit de révision le reconnaissent eux-mêmes, puisqu'ils n'enlèvent pas l'*exequatur* au tribunal pour le confier à son président. Néanmoins, l'article 2123 établit, par le mot *pareillement*, écrit dans son dernier alinéa, une sorte d'assimilation, au point de vue des effets de l'*exequatur*, entre les jugements étrangers et les sentences arbitrales. Et qui pourrait soutenir que le président chargé de donner à celles-ci la force exécutoire est maître d'en modifier la teneur et le sens?

Quant au troisième système, il se heurte à des objections qui ne sont pas moins graves. L'ordonnance de 1629 sur laquelle on le fonde n'est plus en vigueur. Faut-il rappeler qu'elle n'avait pas été enregistrée par tous les Parlements, et qu'il est difficile d'y voir dès lors une loi générale de l'ancienne monarchie française? Mais, alors même qu'elle aurait été obligatoire pour toute la France et qu'elle aurait survécu à la chute du chancelier Michel de Marillac qui fut son inspirateur, son abrogation complète résulte avec évidence des textes du droit nouveau. L'article 1041 du Code de procédure civile dispose en effet que « toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile sont abrogés » ; et on ne peut dire que l'exécution des jugements étrangers, que réglemente l'article 546 *du même Code*, soit étrangère à la procédure. Un argument semblable nous est fourni en ce qui touche l'article 2123 du Code civil, par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII.

Nous croyons plus conforme à la loi et aux principes de décider que le tribunal français saisi d'une demande d'*exequatur* pour un jugement étranger, doit se borner à examiner si ce jugement est

[1] Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, v° *Étranger*, n° 14.

régulier, s'il est valable en la forme, s'il a été rendu par un juge compétent, s'il ne contient aucune disposition contraire à l'*ordre public international*. Indépendamment de l'appui que prête à notre système la lettre de l'article 2123, qui attache l'hypothèque au *jugement étranger* lui-même, nous pouvons faire remarquer en sa faveur l'antithèse frappante qui existe entre les articles 546 et 547 du Code de procédure. L'un s'occupe de l'exécution des jugements étrangers en France, c'est-à-dire en dehors de la compétence *nationale* des tribunaux qui les ont rendus, et les soumet à l'*exequatur;* l'autre statuant sur l'exécution des jugements français en dehors du ressort, c'est-à-dire de la compétence *régionale*, des juridictions dont ils émanent, dispose que ces dernières décisions seront par elles-mêmes exécutoires « sans *visa* ni *pareatis* ». N'est-ce pas dire que l'*exequatur* exigé par le texte précédent pour les jugements étrangers, et dont l'article 547 a pour objet de prévenir l'extension aux actes de la justice française, se réduit à une simple formalité de *visa* ou *pareatis?*

Observons enfin que le droit de révision accordé, sous quelque forme que ce soit, à la juridiction française à laquelle l'*exequatur* est demandé, sera très souvent préjudiciable au Français, en mettant les étrangers en garde contre lui, en ruinant son crédit vis-à-vis d'eux, parfois même en provoquant de la part des tribunaux des mesures de rétorsion.

3° *Comment l'*EXEQUATUR *s'obtient-il?*

Cette question se trouvera résolue, lorsque nous aurons déterminé :

a) A quel tribunal il appartient de délivrer l'*exequatur* à un jugement étranger;

b) Quelles voies de procédure permettent d'atteindre ce résultat.

a) Supposons qu'un jugement ait été rendu par une juridiction commerciale siégeant à l'étranger. Il devra, pour produire ses effets en France, y être rendu exécutoire. Mais quel tribunal aura qualité pour lui donner l'*exequatur?* Le tribunal civil ou le tribunal de commerce? Le système que nous avons adopté ci-dessus sur la nature et l'étendue des pouvoirs du juge en cette matière dicte notre solution. Si ces pouvoirs s'analysaient en un droit de révision, il serait naturel de les attribuer à une juridiction de même ordre que celle qui a statué à l'étranger, à la juridiction consulaire dans l'espèce. Mais, comme il ne s'agit que d'un simple *visa*, d'une sorte de légalisation judiciaire, n'exigeant aucune compétence particulière chez le

magistrat qui en est requis, il n'y a pas d'inconvénient à réserver le droit de l'accorder aux juges de droit commun, c'est-à-dire à la juridiction civile.

A quelle juridiction civile attribuerons-nous compétence à cet effet, si nous laissons de côté les stipulations particulières de certains traités?

Dans un premier système, on distingue entre les jugements émanés d'un tribunal inférieur étranger (juges de paix, tribunaux civils et de commerce), et les arrêts rendus par une Cour souveraine; les uns doivent être déclarés exécutoires par un tribunal de première instance; les autres ne peuvent recevoir l'*exequatur* que d'une Cour d'appel. Ne serait-il pas, en effet, contraire à la déférence réciproque dont les États sont tenus l'un vis-à-vis de l'autre et des juridictions qui siègent en son nom, de soumettre les décisions d'une Cour souveraine au *visa*, ou même, suivant l'opinion dominante, à la révision d'un tribunal, qui par son rang lui est inférieur? D'ailleurs, si ce dernier était compétent pour délivrer l'*exequatur*, la possibilité d'un recours devant la Cour d'appel française viendrait compliquer sans profit le litige, en augmenter les frais, en retarder la solution.

Ces raisons ne sont nullement concluantes. Le dernier aboutit à retirer aux plaideurs, sous prétexte d'économie de temps et d'argent, la ressource d'un deuxième degré de juridiction. Quant à l'autre, elle ne pourrait avoir une valeur apparente que dans le système qui confère un droit de révision au tribunal saisi d'une demande d'*exequatur;* mais, pour nous qui limitons son pouvoir à la simple constatation que le jugement soumis à son examen est valable et respecte l'*ordre public international*, pareille mission, confiée à un tribunal français à l'égard des décisions d'une Cour étrangère, ne nous paraît nullement irrévérencieuse pour cette dernière. N'arrive-t-il pas tous les jours, sans sortir de France, que les officiers municipaux de la plus obscure bourgade légalisent la signature de personnes dont la situation officielle est hiérarchiquement bien supérieure?

Nous attribuons donc une compétence générale aux tribunaux de première instance qui rendent la justice en France, pour accorder ou pour refuser l'*exequatur* aux sentences étrangères. D'ailleurs, c'est aux principes généraux sur la compétence à déterminer quel est, parmi les tribunaux français, celui qui a qualité pour statuer. En principe, ce sera le tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur (C. pr. civ., art. 59, § 1). A défaut, ce sera le tribunal de la situation des biens sur lesquels le jugement doit être exécuté. Enfin.

si le défendeur n'a en France, ni domicile, ni résidence, ni biens, — ce qui arrivera rarement, — le demandeur à fin d'*exequatur* pourra saisir tout tribunal français de première instance.

b) Comment sera introduite la demande d'*exequatur ?* Logiquement, il semble, étant donné que nous refusons en principe au tribunal français le droit de réviser le jugement étranger dont il est saisi, qu'une simple requête doive suffire. Et cette conséquence est admise par un grand nombre de ceux qui partagent notre opinion sur cette question fondamentale. Cependant, même si nous nous plaçons au point de vue de ce système, le caractère contentieux ne fait pas entièrement défaut à l'instance en *exequatur*, puisque la partie condamnée peut opposer au jugement l'incompétence du juge qui l'a rendu, les nullités de forme qui l'affectent, ou encore la violation d'une règle d'*ordre public international;* il importe qu'elle soit mise à même de faire valoir ces exceptions. Aussi ne croyons-nous pas qu'il y ait lieu de renoncer en principe à la voie ordinaire de l'assignation. Il n'en serait autrement que si le jugement dont l'exécution est demandée aurait lui-même pu être rendu sur requête en France, ou même s'il était invoqué incidemment au cours d'une instance principale engagée devant un de nos tribunaux ; dans le premier cas une requête, dans le second, des conclusions incidentes saisiront valablement la juridiction française.

Il n'y a rien à dire des autres phases de la procédure que devra parcourir la demande d'*exequatur;* le droit commun s'applique, par exemple, s'il s'agit de déterminer les voies de recours admissibles, ou encore de savoir si la caution *judicatum solvi* est due, s'il y a lieu à communication au ministère public, si le jugement doit être rendu en audience publique, enfin laquelle des parties devra supporter les frais de l'instance, etc.

4° *Quels sont les effets de l'*EXEQUATUR?

Le jugement étranger, une fois déclaré exécutoire par un tribunal français, produit en France tous ses effets, qui sont compatibles avec l'*ordre public international.*

Si la loi, sous l'empire de laquelle il a été rendu, en fait résulter une affectation hypothécaire des biens du débiteur condamné, cette hypothèque judiciaire sera acquise sur notre territoire au plaideur qui a eu gain de cause ; mais, dans tous les cas, elle devra y être inscrite conformément au Code civil, quand même la législation étran-

gère la dispenserait de toute publicité. Nous savons en effet que les formalités d'inscription doivent être regardées en France comme étant d'*ordre public international*.

Rappelons d'ailleurs que c'est au *jugement étranger*, et non à la *décision d'exequatur*, que l'article 2123 attache un effet hypothécaire; il est donc indispensable, pour que cet effet se réalise, que la loi étrangère qui a présidé au jugement le consacre. Si cette loi repousse l'hypothèque judiciaire, comme la loi belge de 1851, il va sans dire que les biens du débiteur en France n'en seront pas grevés[1]; si elle admet l'hypothèque, mais en la soumettant à la spécialité, le créancier ne pourra réclamer l'affectation *générale* à son profit de tous les immeubles de la partie condamnée qui sont situés en France.

Enfin, si les mesures simplement conservatoires, telles que l'intervention à un partage (C. civ., art. 882), une demande en séparation de patrimoines (C. civ., art. 878), etc., peuvent être prises en vertu d'un jugement étranger même avant la déclaration d'*exequatur*, toutes les voies d'exécution que la loi française met à la disposition du créancier muni d'un titre exécutoire pourront être employées par le plaideur qui l'a obtenue; il recourra valablement à la saisie sous ses différentes formes; avant 1867, il eût pu invoquer contre son débiteur la ressource de la contrainte par corps. Peu importe en général la nationalité des plaideurs; les voies d'exécution sont liées à l'*ordre public international* et sont les mêmes pour tous; elles sont toujours régies par la loi du lieu où elles sont invoquées.

Cependant, avant la loi du 22 juillet 1867 qui a supprimé la contrainte par corps en matière civile et commerciale, il n'eût pas été inutile de regarder à la nationalité respective des parties. En effet les articles 14 et suiv. de la loi du 17 avril 1832 se montraient plus rigoureux pour l'étranger domicilié en France et débiteur d'un Français, que pour le condamné français lui-même, soit au point de vue du taux de la créance dont la contrainte par corps garantissait le paiement, soit au point de vue de la durée *maxima* de cette contrainte. Enfin l'article 905 du Code de procédure civile refusait aux étrangers soumis à la contrainte par corps la ressource de la *cession de biens*, que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi (C. civ., art. 1265 et s.); il en faisait un *droit civil*, dont nos nationaux seuls étaient admis à se prévaloir.

[1] V. ci-dessous, p. 677.

TITRE III

Lois politiques et traités.

L'article 2123 du Code civil, après avoir posé en principe qu'un jugement rendu en pays étranger ne peut sortir ses effets sur notre territoire, que s'il a été préalablement rendu exécutoire par un tribunal français, ajoute, « sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les *lois politiques* ou dans les *traités* ».

A côté du droit commun de l'*exequatur* que nous venons d'étudier, cette restriction nous indique donc l'existence d'un droit exceptionnel appliqué par certaines lois et par certaines conventions internationales aux jugements émanés de tribunaux étrangers.

Cependant, aujourd'hui tout au moins, cette indication est en partie inexacte, car il est impossible de citer une loi politique ayant pour objet de dispenser l'exécution de sentences étrangères de l'observation du droit commun.

Il en était autrement, avant l'annexion de l'Alsace-Lorraine à l'Empire allemand. Une convention, conclue à Mayence en 1832 entre les Puissances riveraines du Rhin et renouvelée en 1868, avait décidé l'organisation de tribunaux mixtes, chargés de statuer sur les difficultés qui pourraient s'élever à propos de la navigation du Rhin; et à la suite de cette convention, une loi du 21 avril 1832 fut promulguée en France, dont l'article 5 accorde aux décisions des juridictions nouvellement instituées la force exécutoire en France, pourvu qu'elles aient été revêtues, en dehors de toute révision, d'un *exequatur* délivré par le tribunal de Strasbourg. La France ayant cessé d'être riveraine du Rhin, la convention de 1832 et la loi qui la complète ont, par la force des choses, perdu toute leur utilité.

Mais, d'autre part, le Gouvernement français a conclu avec divers États des conventions relatives aux effets internationaux des jugements. Il en existe jusqu'à ce jour quatre à notre connaissance :

1° Le traité franco-badois du 16 avril 1846;

2° Le traité franco-sarde du 24 mars 1760, confirmé par la déclaration échangée entre la France et l'Italie le 1er septembre 1860;

3° Le traité franco-suisse du 15 juin 1869;

4° Le traité franco-belge du 8 juillet 1899.

Traité franco-badois. — Le traité du 16 avril 1846 entre la France et le Grand-Duché de Bade, maintenu et étendu à la province d'Alsace-Lorraine par l'article 18 de la convention franco-allemande du 11 décembre 1871, dispose, tout d'abord, dans son article 1er, que les jugements ou arrêts rendus en matière civile et commerciale par les tribunaux compétents de l'un des deux États emporteront de plein droit hypothèque judiciaire sur le territoire de l'autre. Cette hypothèque n'est donc pas soumise à la condition préalable d'un *exequatur;* elle peut être valablement inscrite (art. 3) sur la production d'une expédition légalisée du jugement, et d'un acte constatant la signification.

Quant à la force exécutoire, elle est imprimée à ce jugement, sans révision, « soit par la Cour d'appel, soit par le tribunal du lieu du domicile du débiteur ou de la situation des biens, suivant que la décision émane du second ou du premier degré de juridiction ». Pour cela, il suffit, d'une part, qu'elle ait, dans le pays où elle est intervenue, force de chose jugée, attestée par un certificat du greffier, constatant qu'il n'existe ni opposition ni appel, joint à l'expédition du jugement et à la preuve de sa signification (art. 3); de l'autre, qu'elle ait été rendue par des juges compétents, et que les droits de la défense aient été respectés.

L'article 2, résolvant les difficultés que pourrait soulever l'appréciation de la compétence, pose à cet égard des règles précises : « Sera réputé compétent : 1° le tribunal dans l'arrondissement duquel le défendeur a son domicile ou sa résidence; 2° de plus, en matière réelle, celui dans l'arrondissement duquel est situé l'objet litigieux; 3° en matière de succession, le tribunal du lieu où la succession est ouverte; 4° en matière de société, quand il s'agit de contestations entre associés, ou de plaintes portées par des tiers contre la société, le tribunal dans l'arrondissement duquel elle est établie; 5° le tribunal dans l'arrondissement duquel les parties ont élu domicile pour l'exécution d'un acte ». L'observation de ces règles s'impose aux magistrats français, saisis d'une demande à fin d'*exequatur;* il ne leur est pas permis d'appliquer à l'examen de la compétence du tribunal étranger les dispositions propres à la loi française.

Le traité franco-badois ne résout pas *in terminis* la question de savoir si la demande d'*exequatur* doit être introduite par requête ou par assignation. Aux demandes portées devant le tribunal français, nous appliquerons la règle générale que nous avons posée ci-dessus

(p. 670) ; et, depuis la mise en vigueur du Code de procédure civile allemand de 1877, la même solution semble défier toute contradiction de l'autre côté des Vosges.

Ajoutons que, bien que le traité ne fasse pas mention de l'ordre public, il n'est pas douteux que la juridiction française ne doive refuser l'*exequatur* au jugement badois, qui paraîtrait de nature à le compromettre.

Traités franco-italiens. — Aux termes de la convention franco-sarde de 1760, complétée par la déclaration du 1er septembre 1860, dont la validité a été à maintes reprises proclamée par nos tribunaux, la force exécutoire doit être attribuée, sans révision, par les Cours d'appel de chacun des États contractants, aux décisions qui leur seront transmises par *lettres rogatoires* émanant d'une Cour de l'autre État. Ces traités attribuent une juridiction exclusive aux Cours souveraines des deux Puissances, en vue de l'*exequatur*. Elles ne peuvent statuer qu'au vu de *lettres rogatoires*, délivrées par le tribunal qui a rendu le jugement déféré à leur examen. Mais ces lettres rogatoires, qui d'ailleurs peuvent intervenir au cours du procès, ne dispensent pas la partie poursuivante d'introduire sa demande à fin d'*exequatur* dans les formes ordinaires. La Cour à laquelle l'*exequatur* est demandé doit s'interdire toute révision du jugement étranger ; son examen ne peut porter que sur trois points :

1° Si le tribunal étranger était compétent pour le rendre, aux termes des lois du pays où il siège ;

2° Si le défendeur a été régulièrement cité et s'il a comparu, ou du moins si son défaut a été régulièrement constaté ;

3° Si l'ordre public n'est pas menacé par le jugement étranger.

L'hypothèque judiciaire résultant en France d'un jugement italien pourrait être, croyons-nous, inscrite en France, comme celle qui dérive des sentences badoises, avant la déclaration d'*exequatur ;* mais cette déclaration sera nécessaire pour tout acte d'exécution proprement dit, comme la vente de l'immeuble hypothéqué.

Traité franco-suisse. — Le traité franco-suisse du 15 juin 1869, dont plusieurs dispositions nous sont déjà connues, écarte la révision au fond des jugements ou sentences arbitrales suisses dont l'exécution est demandée en France, et des jugements ou sentences arbitrales français présentés à l'*exequatur* en Suisse. Les jugements suisses ne

peuvent être déclarés exécutoires par nos tribunaux que : 1° s'ils sont définitifs; 2° s'ils sont revêtus en Suisse de l'autorité de la chose jugée, le tout suivant les règles établies par la législation fédérale. Ces deux conditions une fois remplies, l'*exequatur* est délivré par le tribunal de première instance du lieu où l'exécution doit se faire, jugeant en chambre du conseil, sur les conclusions du ministère public.

La partie qui le sollicite doit produire un certain nombre de pièces à l'appui de sa demande : 1° une expédition dûment légalisée du jugement; 2° l'original de l'exploit de signification du jugement ou l'acte qui en tient lieu; 3° un certificat émanant du greffier du tribunal qui a rendu le jugement et constatant qu'il n'a fait l'objet d'aucun recours.

Le tribunal français n'est investi d'aucun droit de révision; sa tâche se borne à rechercher : 1° si la juridiction suisse était compétente, suivant les principes posés dans le traité lui-même; 2° si le défendeur a été régulièrement cité et légalement représenté ou défaillant; 3° si le jugement, dont l'exécution est poursuivie, ne contredit en rien l'*ordre public international*.

Le traité de 1869, à la différence du traité franco-sarde, n'établit aucune assimilation, sous le rapport de l'hypothèque judiciaire, entre les jugements rendus par les tribunaux des deux États. Il faut en conclure que l'hypothèque résultant d'un jugement suisse ne pourrait être inscrite en France, avant que ce jugement ait été déclaré exécutoire.

Il résulte de l'article 17, § 2, du traité, que les décisions ayant statué sur l'*exequatur* ne sont point susceptibles d'opposition, en cas de défaut de la part du défendeur; elles ne peuvent être attaquées que par la voie de la cassation ou de l'appel. L'appel est jugé par la Cour, après débats contradictoires, en chambre du conseil, le ministère public entendu.

Traité franco-belge. — Le traité franco-belge du 8 juillet 1899 s'occupe également dans plusieurs articles, des effets dont les jugements ou sentences arbitrales prononcés dans l'un des deux pays sont susceptibles sur le territoire de l'autre.

Il proclame tout d'abord que les *décisions* — et cette expression intentionnellement très large comprend sans aucun doute, à côté des jugements et arrêts présentant un caractère contentieux, les actes de juridiction gracieuse — des Cours et tribunaux, rendues en matière civile ou commerciale, soit en France, soit en Belgique, sont investies

par elles-mêmes de l'autorité de la chose jugée, pourvu qu'elles satisfassent aux conditions suivantes :

1° Elles doivent émaner d'un juge compétent, suivant les règles rendues communes aux deux États par le traité (art. 11-5°) ; et ce n'est que pour les cas que le traité a passés sous silence, que les règles posées par la législation intérieure de l'État dont les tribunaux ont statué peuvent servir à l'appréciation de leur compétence (art. 10).

2° Il faut, en second lieu, que la décision soit passée en force de chose jugée, d'après la loi du pays où elle a été rendue (art. 11-2°).

3° A cette règle se rattache celle que formule l'article 11-3° du traité, lorsqu'il exige que l'expédition de la décision étrangère réunisse les conditions nécessaires à son authenticité, toujours d'après la loi du pays où cette décision est intervenue : c'est une question de preuve ; il s'agit de savoir si l'on est en présence d'un véritable jugement et si ce jugement est passé en force de chose jugée ; la production et l'examen de l'expédition seront propres à éclairer le juge sur ce point : la force probante qu'il lui reconnaîtra, liée à sa forme authentique, dépend nécessairement de la loi du lieu où elle a été délivrée, par application de la règle *Locus regit actum*.

4° Pour être revêtu de l'autorité de la chose jugée dans l'un des États contractants, il est encore indispensable que le jugement ou l'arrêt rendu dans l'autre ne contienne rien de contraire à l'ordre public ou aux principes du droit public de cet État (art. 11-1°).

5° Enfin le traité a cru devoir spécifier formellement que les parties doivent avoir été légalement citées, représentées ou déclarées défaillantes (art. 11-4°). Le respect des droits de la défense est en effet une règle d'ordre public au premier chef.

L'exécution de la décision qui satisfait à ces diverses conditions ne peut avoir lieu sur les biens situés dans l'autre État contractant qu'à la suite d'une déclaration d'*exequatur*.

L'examen du juge saisi de la demande d'*exequatur* se limite aux cinq points qui viennent d'être énumérés ; il ne lui appartient, en aucun cas, de rechercher si la décision qui lui est déférée a été bien ou mal rendue quant au fond.

C'est au tribunal civil du lieu où l'exécution doit se faire que l'article 12 donne compétence exclusive pour délivrer l'*exequatur*, et le même article ajoute que ce tribunal statue comme en matière sommaire et urgente : les articles 404 et suiv. du Code de procédure civile trouvent donc ici leur application.

Quant au mode suivant lequel l'instance en *exequatur* sera introduite, le traité omet de le préciser : il faudra donc avoir recours aux voies ordinaires, c'est-à-dire le plus souvent à celle de l'assignation.

L'*exequatur* une fois accordé, le jugement qui l'a obtenu produit sur le territoire de l'autre État tous les effets dont il est susceptible. Néanmoins l'assimilation des jugements belges admis à l'*exequatur* en France avec les jugements français n'est pas absolue : le traité a pris soin de dire que les décisions belges rendues exécutoires en France n'y emportent pas hypothèque judiciaire : l'hypothèque judiciaire en effet n'existe plus en Belgique, et l'on aurait peine à comprendre qu'un jugement qui, bien que revêtu en France de la force exécutoire, n'en est pas moins un jugement étranger, un jugement belge, soit chez nous plus énergiquement garanti qu'il ne le serait dans son pays d'origine (art. 12).

D'autre part, comblant la lacune que présentent à cet égard les autres conventions relatives à l'exécution des jugements, le traité de 1899 a tenu à assurer au jugement étranger admis à l'*exequatur*, la même publicité qu'aurait reçue la décision des juges nationaux rendue dans des circonstances analogues, et à protéger ainsi l'intérêt des tiers que la clandestinité de ce jugement aurait pu compromettre. Article 13 : « En accordant l'*exequatur*, le juge ordonne, s'il y a lieu, les mesures nécessaires pour que la décision étrangère reçoive la même publicité que si elle avait été prononcée dans le ressort où elle est rendue exécutoire ».

Le jugement qui statue sur l'*exequatur* n'est pas susceptible d'opposition, bien qu'il ait été rendu par défaut (art. 14); mais d'autre part, la voie de l'appel est *toujours* ouverte, dans les quinze jours qui suivent la signification à partie : elle l'est, encore que l'intérêt en jeu soit inférieur à 1.500 francs. Et cet appel est jugé sommairement et sans procédure. Quant aux autres voies de recours (pourvoi en cassation, tierce opposition, requête civile), le traité n'en a rien dit : aussi devront-elles être admises, conformément au droit commun du pays où le jugement sur l'*exequatur* est intervenu.

Les sentences arbitrales ont également attiré l'attention des négociateurs du traité franco-belge ; l'article 15, al. 1er, dispose que celles qui ont été rendues dans l'un des deux pays peuvent être déclarées exécutoires dans l'autre, pourvu qu'elles répondent aux exigences formulées par les nos 1, 2, 3 et 4 de l'article 11, c'est-à-dire qu'elles

n'aient rien de contraire à l'ordre public et au droit public du pays où l'*exequatur* est poursuivi, qu'elles soient passées en force de chose jugée, conformément à la loi du pays où les arbitres ont statué, que l'expédition qui en est produite réunisse les caractères de l'authenticité, tels que cette même loi les détermine, enfin que les parties aient été légalement citées, représentées ou défaillantes.

Mais ce n'est pas au tribunal tout entier que le droit de délivrer l'*exequatur* aux sentences arbitrales est reconnu par le traité; appliquant la solution que nous avons adoptée plus haut[1], il donne compétence à cet effet au président du tribunal : « L'*exequatur*, porte l'article 15 *in fine*, est accordé par le président du tribunal civil de l'arrondissement dans lequel l'exécution est poursuivie ». Cette décision est d'ailleurs susceptible d'appel devant la Cour, qui statue comme en matière de référé (art. 18).

[1] V. ci-dessus, p. 664.

CHAPITRE IV

DE LA FAILLITE DES COMMERÇANTS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Sommaire.

I. — Généralités. — Unité de la faillite. — Loi applicable.
II. — Compétence.
III. — Effets du jugement déclaratif étranger en France.
IV. — Opérations et solutions de la faillite.

Parmi les difficultés si nombreuses et si variées dont le droit international privé poursuit la solution, il n'en est guère de plus sérieuses et dont l'importance pratique soit plus considérable que celle dont la faillite est l'occasion.

Le commerçant, dont elle affirme l'insolvabilité, a peut-être plusieurs établissements distincts, des succursales nombreuses au delà des frontières de l'État auquel il se rattache par sa nationalité ou par son domicile. Ses correspondants et ses clients, ses débiteurs et ses créanciers n'habitent pas toujours le sol de cet État. Les biens dont se compose son actif n'y ont pas leur siège nécessaire. A quelle autorité appartiendra-t-il, en pareil cas, de prononcer la mise en faillite? A quel code appartiendra-t-il d'en déterminer les conditions et les effets? Sur quel territoire ses conséquences seront-elles admises à se produire?

Telles sont les questions auxquelles nous allons nous efforcer de répondre; elles empruntent un intérêt incontestable, non seulement à la diversité des lois qui régissent la matière de la faillite, mais

encore et surtout aux obstacles que rencontrent parfois le plaideur loin de son pays et l'exécution des jugements étrangers.

TITRE I

Généralités. — Unité de la faillite. — Loi applicable.

De droit commun, tout créancier a pour gage l'universalité du patrimoine de son débiteur. *Quicumque se, suum obligat* (C. civ., art. 2092). Ce dernier est-il dans l'impossibilité de faire face à ses engagements, il devient nécessaire de réaliser les capitaux et les biens compris dans sa fortune et de répartir le produit de cette réalisation entre les divers ayants droit, suivant l'ordre et les causes de préférence que leur assigne la loi (C. civ., art. 2093). Toutefois, lorsque le débiteur insolvable a la qualité de commerçant, la plupart des législations ont cru devoir substituer à l'action individuelle des créanciers une procédure d'ensemble et organiser, sous le nom de *faillite*, un régime particulier ayant pour objet d'assurer leur satisfaction la plus complète et la plus prompte. Voici quels sont en France les traits essentiels de ce régime : le commerçant failli est dessaisi de l'administration de ses biens (C. comm., art. 443), à laquelle sont préposés un ou plusieurs syndics nommés par la justice (art. 462); certains actes préjudiciables à ses créanciers, accomplis par lui, même avant la constatation judiciaire de son insolvabilité, sont déclarés *nuls de droit* (art. 446) ou *annulables* (art. 447); ses dettes non échues deviennent exigibles (art. 444); le droit d'exercer contre lui des poursuites individuelles est retiré à ceux dont il est l'obligé; ses immeubles sont grevés d'une hypothèque générale au profit de la masse (art. 490); le cours des intérêts des créances chirographaires est suspendu à l'égard de cette dernière (art. 445); enfin, le débiteur en faillite est frappé de certaines incapacités politiques ou commerciales, châtiment de l'imprévoyance dont il a fait preuve dans la gestion de ses affaires; et, lorsque cette imprévoyance a revêtu un caractère coupable ou dolosif, elle est punie des peines plus sévères de la banqueroute simple ou de la banqueroute frauduleuse.

Ainsi comprise, l'institution de la faillite répond à des utilités diverses. Elle sert les intérêts des créanciers non payés, qu'elle réunit dans une action commune, et dont, aussitôt après la cessation

des paiements, elle défend le gage contre les dilapidations et les agissements malhonnêtes d'un débiteur aux abois. Elle sert l'ordre public qui veut, pour la sécurité des transactions et du crédit, que le commerce soit exercé avec prudence et probité, et que les fautes préjudiciables aux tiers, dont il est la source ou le prétexte, soient rigoureusement punies. Enfin, personne ne contestera que la faillite soit avantageuse pour le débiteur insolvable lui-même, puisqu'elle lui permet d'arriver, par voie de concordat, à une réduction parfois notable du passif sous lequel il succombe, d'obtenir de ses créanciers un secours alimentaire, et, dans tous les cas, d'échapper à leurs poursuites individuelles; dès avant 1867, la contrainte par corps lui devenait ainsi inapplicable.

Il n'est pas besoin de chercher ailleurs que dans ce concours d'intérêts variés auxquels la faillite a pour objet de pourvoir la raison des incertitudes et des doutes qu'a soulevés sa nature et dont l'écho se répercute jusque dans le droit international privé.

C'est une mesure de police et de sûreté, disent les uns; elle est commandée par l'intérêt public, par les exigences du crédit; dès lors, la faillite de tout individu qui fait des actes de commerce dans le pays dont la législation l'organise, ou qui se trouve d'une manière quelconque en contact avec lui, peut être prononcée par la justice locale, quelles que soient d'ailleurs sa nationalité et les prescriptions de sa loi personnelle. Tel paraît être le point de départ d'un grand nombre de décisions de jurisprudence française.

D'autres font appel à la vieille doctrine statutaire et affirment sans hésiter que la faillite, n'étant qu'une voie d'exécution sur les biens d'un débiteur insolvable, rentre dans ce qu'ils appellent le *statut réel.*

Ni l'une ni l'autre de ces deux opinions ne nous satisfait.

Et d'abord, il est inexact de dire que les lois qui organisent la faillite sont des lois de police et de sûreté, s'imposant à ce titre à tout étranger sur le territoire où elles sont en vigueur. Qu'il en soit ainsi de quelques mesures répressives dirigées contre la fraude, spécialement en cas de banqueroute, nous l'admettons volontiers; elles ont un caractère pénal et sont par suite liées à l'*ordre public international*, qui réclame, au nom de la société, le châtiment de tout acte délictueux, quel qu'en soit l'auteur. Mais si le débiteur a été plus malheureux que coupable, si ses créanciers sont, comme lui, les ressortissants d'un État étranger, le pays de sa résidence n'a pas d'intérêt direct à sa mise en faillite. Non seulement, la morale publique

est sauve, puisque l'insolvable ne l'a compromise par aucune action blâmable, mais les droits des régnicoles eux-mêmes n'ont subi par son fait aucune atteinte, puisqu'ils ont eu la prudence de ne pas devenir ses créanciers. Et même si, par une confiance mal placée, ceux-ci n'ont pas cru devoir lui refuser crédit, le droit commun leur offrira presque toujours des moyens d'action suffisants pour contraindre leur débiteur récalcitrant : c'est ainsi que l'article 14 du Code civil français, en dérogeant en faveur de nos nationaux à la règle *Actor sequitur forum rei,* constitue pour eux une ressource des plus efficaces à l'encontre de l'étranger, dans le cas où ce dernier n'aurait pas été mis en faillite au lieu de son domicile ; mais l'intérêt public n'exige pas en général qu'il soit soumis aux règles appliquées à la faillite par la législation française. Le système que nous repoussons conduit à dire qu'une faillite ne peut produire aucun effet, de quelque nature qu'il soit, en dehors du territoire où elle a été organisée : l'intérêt de l'État, qu'il lui assigne pour base, s'arrête nécessairement aux frontières et n'a aucun droit à la protection des autorités étrangères ; le jugement déclaratif ne peut même en recevoir la force exécutoire ; ce serait en effet reconnaître son existence ; on n'exécute que ce qui est. Les créanciers seront donc réduits à poursuivre la faillite de leur débiteur, partout où ils auront avantage à l'atteindre dans sa personne ou dans ses biens, partout où il lui plaira de se rendre ; ce sera la *pluralité des faillites.*

C'est également à la pluralité des faillites qu'aboutit la théorie qui rattache la faillite au *statut réel.* Toutefois, ce n'est plus aux lieux divers et successifs où le débiteur réside et fait le commerce, mais à la situation de ses biens, qu'on regarde. La faillite déclarée, conformément à la *lex rei sitæ*, par la justice locale, produit ses effets dans toute l'étendue du territoire, sur tous les biens qui s'y trouvent, mais sur ceux-là seulement. La loi qui l'organise, le jugement qui la prononce n'ont aucune autorité au delà ; même une décision d'*exequatur* serait logiquement impuissante à leur assurer quelque effet sur un territoire étranger : d'où la nécessité, si l'on veut mettre la main sur le patrimoine tout entier du commerçant insolvable, d'obtenir contre lui autant de déclarations de faillite qu'il a de biens situés en des pays divers ; il y a là une nouvelle application de l'adage : *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur.* Encore quelques auteurs reculent ils devant les conséquences rigoureuses de ce système et recommandent-ils une distinction, analogue

à celle que la jurisprudence française applique à la matière des successions, entre les biens mobiliers et les immeubles, soumettant les uns, considérés *ut universitas*, à la loi du domicile ou de la patrie de leur propriétaire, laissant les autres sous l'empire de la *lex rei sitæ*. Ils en concluent qu'au moins en ce qui concerne les meubles, un jugement de faillite est susceptible d'exécution en dehors du pays où il a été rendu.

Le point de départ de cette théorie, même ainsi restreinte, est des plus contestables : « Les lois sur la faillite, disent avec raison MM. Lyon-Caen et Renault, ne rentrent pas dans le statut réel. *Leur but n'est pas de régler la condition des biens du failli, de fixer les droits qui peuvent les grever et leur mode de transmission.* Elles se proposent de protéger les intérêts des créanciers, de maintenir entre eux l'égalité[1] ».

De quelles conséquences, de quels dangers, de quelles injustices même, la pluralité des faillites ne serait-elle pas la source? Un partisan convaincu de la réalité du statut, M. Thaller, nous le dira : « On verra le même homme déclaré en faillite dans un pays et reconnu dans un autre à l'abri de son atteinte; on verra deux masses de créanciers produisant dans deux masses de biens, obtenant deux dividendes de taux inégal, ou des habiles, se faufilant dans les deux groupes et arrivant, à la faveur d'une confusion, à se payer doublement, à encaisser peut-être une somme supérieure au montant nominal de leur droit. On verra le concordat prévaloir à gauche, l'union à droite, en sorte que la condition du débiteur devienne tout simplement indéfinissable[2] ». Il est impossible de caractériser d'une manière plus saisissante que ne l'a fait notre savant collègue, l'anarchie juridique engendrée par la pluralité des faillites, conséquence nécessaire des deux systèmes que nous venons d'analyser. Avec elle, plus de sécurité, plus d'égalité pour les créanciers, partant plus de crédit pour le débiteur. Un texte formel, incontestable, pourrait seul nous obliger à l'admettre; et ce texte, on le chercherait vainement dans nos lois : disons plus, leur esprit la condamne.

La faillite est l'*état* du commerçant qui a cessé ses paiements (C. comm., art. 437); elle a pour but de substituer à son administration défectueuse, une gestion plus intelligente et plus éclairée, d'arriver

[1] Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. II, p. 931.
[2] Thaller, *Des faillites en droit comparé*, t. II, p. 340.

à une répartition équitable de l'actif et de la perte entre les ayants droit, de mettre le débiteur dans l'impuissance de compromettre dorénavant leurs intérêts légitimes. Or, la personne du failli ainsi frappé de déchéance est une; un est le patrimoine, qui forme le gage commun de ses créanciers. Ceux-ci ont un droit égal à tous les biens, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, dont il se compose, quelle qu'en soit la nature ou l'assiette; et l'on se demande en vérité pourquoi l'élévation de la latitude influerait sur l'étendue de ce droit. « L'état de failli est indivisible; on ne peut être failli à l'égard de certains de ses créanciers sans l'être à l'égard des autres; dès lors, quand un commerçant a été déclaré en faillite, il n'y a plus place pour un nouveau jugement déclaratif; il ferait double emploi avec le précédent. En d'autres termes, *la faillite affecte l'état de la personne, dont elle altère la capacité;* elle est une et complète; elle affecte la situation entière du débiteur, présente et future; les effets qu'elle produit sont généraux[1] ». La loi française elle-même, en attribuant au tribunal du domicile du failli compétence exclusive pour connaître des actions nées de la faillite (C. pr. civ., art, 59-7°; C. comm., art. 635), ne tient aucun compte de la situation des biens que cette faillite atteint; elle reconnaît son unité, dans les limites de la même souveraineté territoriale. Or, les raisons qui l'ont déterminée ne sont pas moins puissantes, lorsque les biens et valeurs que comprend l'actif du failli sont disséminés sur des territoires différents : alors aussi, il importe à tous les intérêts que la faillite soit une; car seule une administration unique pourra assurer à ses opérations l'esprit de suite et l'économie qui leur sont nécessaires. Il existe, suivant nous, une analogie frappante entre le failli, dessaisi de son avoir, et l'absent, le mineur, l'interdit, que l'éloignement, l'âge ou quelque infirmité intellectuelle empêchent de gérer par eux-mêmes leur patrimoine et leurs affaires : comme eux, le débiteur insolvable est écarté de l'administration de ses biens, comme eux, il encourt certaines incapacités civiles. Pourquoi dès lors lui appliquerions-nous des règles différentes? Nous admettons que la déclaration d'absence, que la minorité, que l'interdiction produisent leurs effets bien loin du pays de celui dont elles annulent ou restreignent la capacité; il doit en être de même de la faillite.

[1] M. Ch. Beudant, en note sous l'arrêt de la Cour de Paris du 30 août 1867 (D. P. 1868. 2. 113).

Mais quelle est cette loi unique qui régira la faillite partout où le commerçant a des droits à faire valoir, des capitaux ou des terres?

Ce n'est pas, ce ne peut pas être la *lex rei sitæ :* elle n'exerce, nous venons de le voir, aucun empire en dehors du territoire où elle est en vigueur et des biens qui s'y trouvent. D'ailleurs, autant de biens, autant de situations et par suite autant de lois diverses.

Ce n'est pas davantage la loi de la résidence du failli, celle du lieu où il fait des affaires; son action se limite au respect des droits et des intérêts de la souveraineté locale (C. civ., art. 3, § 1) et ne saurait dépasser ses frontières.

L'exterritorialité ne peut appartenir qu'à la *loi personnelle du failli.*

Il ne peut en effet être question ici des lois auxquelles ressortissent les divers créanciers appelés à la faillite : ces législations sont peut-être très nombreuses et très différentes; les appliquer ensemble et concurremment, ce serait briser l'unité de la faillite; donner la préférence à l'une d'entre elles, ce serait avantager un des créanciers contre toute justice, ce serait rompre l'égalité. D'ailleurs, en traitant avec un commerçant étranger, ces créanciers eux-mêmes n'ont-ils pas accepté les garanties résultant pour eux de la législation dont il relève?

Que l'on nous permette une comparaison. Lorsqu'une personne vient à mourir, c'est à sa loi personnelle et non pas à la loi, ou plutôt aux lois de ses héritiers qu'il appartient, au moins dans la doctrine qui tend à prévaloir aujourd'hui[1], de régler la dévolution de son héritage; elle se survit ainsi en quelque sorte à elle-même. *Hereditas sustinet personam defuncti.* Or le failli peut à certains égards être considéré comme frappé de *mort civile;* ses héritiers sont les créanciers appelés à se partager son avoir. Comme l'hérédité jacente, la masse est investie d'une personnalité *sui generis;* l'une et l'autre empruntent et continuent celle du *de cujus*, celle du failli; l'une et l'autre demeurent soumises à la loi qui les a gouvernées, dans les limites de l'*ordre public international.*

Les auteurs qui professent l'unité de la faillite se prononcent tous pour l'application exclusive de la loi du domicile du failli; ils commettent ainsi, sans s'en rendre compte, une inexactitude grave. De ce que la loi française et, avec elle, la plupart des législations reconnaissent au tribunal de ce domicile compétence à l'effet de déclarer la faillite, il ne s'ensuit nullement que les prescriptions de la *lex fori*

[1] V. ci-dessus, p. 572 et s.

lui soient nécessairement applicables. Le premier devoir du juge appelé à connaître de l'état juridique, et par conséquent de la mise en faillite d'un étranger domicilié dans son ressort, est de se référer à la loi nationale de ce dernier. Si cette loi revendique pour elle-même le droit exclusif de régir ses ressortissants expatriés, ainsi que l'a fait, avec toute raison d'ailleurs, le Code civil français (C. civ., art. 3, § 3), il se conformera à ses injonctions. A-t-elle au contraire placé ses nationaux sous l'égide de la *lex domicilii*, à l'exemple de la loi anglaise, ce sont les règles établies par cette dernière qu'il interrogera seules[1].

Une question préliminaire à résoudre est celle de savoir si l'état de faillite, étant donnés les quelques avantages que le débiteur y trouve, ne constitue pas pour lui, au regard de la législation locale, un *droit civil,* dont la jouissance est réservée aux seuls nationaux et ne peut être invoquée, en France notamment, que par les étrangers admis à domicile (C. civ., art. 13) ou participant au bénéfice de conventions internationales (C. civ., art. 11).

A vrai dire, on n'a jamais sérieusement contesté le droit pour les créanciers ou pour le ministère public de provoquer en France la mise en faillite d'un commerçant étranger; l'instance est en effet dirigée contre lui, et il y joue un rôle purement passif. Mais on a prétendu lui refuser la faculté de prendre lui-même l'initiative de la déclaration de faillite (C. comm., art. 440), et l'on a observé, à l'appui de ce système, que l'étranger, en déposant son bilan, fera presque toujours en sorte de ne prendre dans la faillite que ce qui lui est avantageux, par suite préjudiciable à ses créanciers, et d'échapper, par un retour opportun dans sa patrie, aux conséquences qui seraient nuisibles à ses propres intérêts. La loi française et les tribunaux français ne peuvent favoriser ce calcul immoral. La Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à cet argument : elle a posé en principe, dans une décision du 24 novembre 1857, que « l'état de faillite, loin d'être le résultat de l'exercice d'un droit civil, soumis à la réciprocité exigée par l'article 11 du Code civil, n'est que la conséquence du fait de cessation des paiements, fait dont la constatation judiciaire est ordonnée dans un intérêt d'ordre public; que la loi qui impose principalement au commerçant failli l'obligation d'assurer cette constatation par la déclaration personnelle de la cessation de ses paiements, lui inflige

[1] Cf. ci-dessus, p. 367 et s.

des peines, soit à raison de l'inobservation de ce devoir, soit à raison de certains faits consommés pendant sa gestion commerciale; qu'elle a ainsi les caractères d'une loi de police, obligeant tous ceux qui habitent le territoire français[1] ».

Cette solution, quels que soient les motifs dont elle s'autorise, est entièrement conforme aux principes généraux qui, selon nous, gouvernent la condition juridique des étrangers en France.

Dès que l'étranger est reçu à y faire le commerce, il doit, *à moins d'exceptions formellement écrites dans la loi*, être soumis à toutes les conséquences, bonnes ou mauvaises, qui dérivent de sa profession; son extranéité ne saurait être un obstacle au dépôt de son bilan, pas plus qu'elle ne le protège contre l'action de ses créanciers. L'égalité du national et de l'étranger devant la faillite est aujourd'hui si généralement acceptée, que la Cour de Paris a pu déclarer applicable au commerçant étranger, mis en faillite sur le territoire français, une loi du 22 avril 1871, dont l'objet a été d'affranchir de la qualification de failli et des incapacités attachées à ce titre le négociant malheureux et de bonne foi qui avait suspendu ses paiements au cours de la guerre franco-allemande[2].

Rien, dans la législation française, ne s'oppose donc à la mise en faillite d'un débiteur étranger. Mais, ce point une fois acquis, c'est à la loi personnelle de ce dernier qu'il appartient exclusivement de dire si elle peut, si elle doit être déclarée. Cette loi personnelle ignore-t-elle l'institution de la faillite, l'étranger restera en principe placé chez nous à la tête de son patrimoine, exposé aux poursuites individuelles de ses créanciers. D'autre part, pour que sa faillite puisse être régulièrement et valablement prononcée en France, il ne suffit pas que la loi étrangère à laquelle ressortit l'insolvable en ait adopté le principe, il faut encore qu'il réponde aux conditions auxquelles cette loi la subordonne. Nous estimons donc que c'est d'après ses dispositions que devra être appréciée la qualité du débiteur. Le sujet hollandais qui exerce la profession d'entrepreneur de spectacles ne peut être déclaré en faillite en France, puisque, d'après la législation des Pays-Bas, il n'est pas commerçant.

Toutefois l'*ordre public international* conserve ici ses droits. Peut-être ferait-il obstacle à l'organisation en France de la faillite d'un

[1] D. P. 1858. 1. 85.
[2] Paris, 11 juin 1872 (D. P. 1872. 2. 191).

lui soient nécessairement applicables. Le premier devoir du juge appelé à connaître de l'état juridique, et par conséquent de la mise en faillite d'un étranger domicilié dans son ressort, est de se référer à la loi nationale de ce dernier. Si cette loi revendique pour elle-même le droit exclusif de régir ses ressortissants expatriés, ainsi que l'a fait, avec toute raison d'ailleurs, le Code civil français (C. civ., art. 3, § 3), il se conformera à ses injonctions. A-t-elle au contraire placé ses nationaux sous l'égide de la *lex domicilii*, à l'exemple de la loi anglaise, ce sont les règles établies par cette dernière qu'il interrogera seules[1].

Une question préliminaire à résoudre est celle de savoir si l'état de faillite, étant donnés les quelques avantages que le débiteur y trouve, ne constitue pas pour lui, au regard de la législation locale, un *droit civil*, dont la jouissance est réservée aux seuls nationaux et ne peut être invoquée, en France notamment, que par les étrangers admis à domicile (C. civ., art. 13) ou participant au bénéfice de conventions internationales (C. civ., art. 11).

A vrai dire, on n'a jamais sérieusement contesté le droit pour les créanciers ou pour le ministère public de provoquer en France la mise en faillite d'un commerçant étranger; l'instance est en effet dirigée contre lui, et il y joue un rôle purement passif. Mais on a prétendu lui refuser la faculté de prendre lui-même l'initiative de la déclaration de faillite (C. comm., art. 440), et l'on a observé, à l'appui de ce système, que l'étranger, en déposant son bilan, fera presque toujours en sorte de ne prendre dans la faillite que ce qui lui est avantageux, par suite préjudiciable à ses créanciers, et d'échapper, par un retour opportun dans sa patrie, aux conséquences qui seraient nuisibles à ses propres intérêts. La loi française et les tribunaux français ne peuvent favoriser ce calcul immoral. La Cour d[illegible] ne s'est pas arrêtée à cet argument : elle a posé en pr[illegible] décision du 24 novembre 1857, que « l'état de fai[illegible] résultat de l'exercice d'un droit civil [illegible] par l'article 11 du Code civil, n'est [illegible] de cessation des paiements, fait dont [illegible] ordonnée dans un intérêt d'ordre publi[illegible] principalement au comm[illegible] failli l'obli[illegible] ation par la déclarati[illegible] nnelle d[illegible] ts, lui infl[illegible]

[1] Cf. ci[illegible] 7 [illegible]

des peines, soit à raison de l'inobservation de ce devoir, soit à raison de certains faits consommés pendant sa gestion commerciale ; qu'elle a ainsi les caractères d'une loi de police, obligeant tous ceux qui habitent le territoire français [1] ».

Cette solution, quels que soient les motifs dont elle s'autorise, est entièrement conforme aux principes généraux qui, selon nous, gouvernent la condition juridique des étrangers en France.

Dès que l'étranger est reçu à y faire le commerce, il doit, *à moins d'exceptions formellement écrites dans la loi*, être soumis à toutes les conséquences, bonnes ou mauvaises, qui dérivent de sa profession ; son extranéité ne saurait être un obstacle au dépôt de son bilan, pas plus qu'elle ne le protège contre l'action de ses créanciers. L'égalité du national et de l'étranger devant la faillite est aujourd'hui si généralement acceptée, que la Cour de Paris a pu déclarer applicable au commerçant étranger, mis en faillite sur le territoire français, une loi du 22 avril 1871, dont l'objet a été d'affranchir de la qualification de failli et des incapacités attachées à ce titre le négociant malheureux et de bonne foi qui avait suspendu ses paiements au cours de la guerre franco-allemande [2].

Rien, dans la législation française, ne s'oppose donc à la mise en faillite d'un débiteur étranger. Mais, ce point une fois acquis, c'est à la loi personnelle de ce dernier qu'il appartient exclusivement de dire si elle peut, si elle doit être déclarée. Cette loi personnelle ignore-t-elle l'institution de la faillite, l'étranger restera en principe placé chez nous à la tête de son patrimoine, exposé aux poursuites individuelles de ses créanciers. D'autre part, pour que sa faillite puisse être régulièrement et valablement prononcée en France, il ne suffit pas que la loi étrangère à laquelle ressortit l'insolvable ait adopté le [illegible] faut encore qu'il réponde aux conditions [illegible] quelles c[illegible] ordonne. Nous estimons donc [illegible] ses dispo[illegible] devra être appréciée la qualité [illegible] [illegible]t hol[illegible] exerce la profession d'entrep[illegible] [illegible] peut [illegible] en faillite en France, puisq[illegible] [illegible]on de [illegible] il n'est pas commerçant.

[illegible] Toute[illegible] *[illegible] ublic international* [illegible] [illegible] ublic [illegible] fer[illegible] à l'organisation [illegible] [illegible] ans [illegible] le *de* [illegible] ation de [illegible] cile, qu'il

[1] P[illegible]

[2] [illegible]

étranger non-commerçant, admise cependant par sa loi personnelle? Et, dans tous les cas, si l'étranger qui a fait des actes de commerce sur notre territoire ne peut être déclaré en faillite par application de cette dernière, soit qu'elle lui refuse la qualité de commerçant, soit qu'elle repousse la faillite elle-même, il incombera à la justice française de prendre, daus l'intérêt du crédit et de la morale, telles mesures provisoires qui paraîtront utiles, en tenant un compte exclusif de la législation locale (C. civ., art. 3, § 1)[1]; mais ces mesures n'auront jamais effet au delà de nos frontières. Cette faculté, dont nos tribunaux ne devront user qu'avec une extrême réserve, suffit à sauvegarder les droits de nos nationaux, dans la mesure où ils se confondent avec l'intérêt public.

C'est encore la loi personnelle du débiteur qui détermine le lieu et le moment de l'ouverture de la faillite, qui caractérise les faits dont résulte la preuve de son insolvabilité. Enfin c'est elle aussi qui précise les effets de la cessation de paiements, les conséquences du dessaisissement, les pouvoirs des syndics, etc. : sauf le droit qui appartient toujours aux juges étrangers de refuser de tenir compte de ses prescriptions, si elles contreviennent en quelque matière à l'*ordre public international*, dont ils ont la garde.

Nous avons ainsi établi que la faillite est *une* de sa nature, en ce sens que, gouvernée dans ses conditions intrinsèques et dans ses effets par une législation unique, et régulièrement déclarée, elle suit la personne, en quelque lieu qu'elle se trouve, et frappe ses établissements et ses biens, en quelque pays qu'ils soient situés.

Cette thèse est celle de l'*unité* et de l'*universalité de la faillite*. Entrevue par quelques vieux auteurs, elle a réuni, et réunit sans cesse les adhésions les plus précieuses, dans tous les pays, même en France, où cependant les tribunaux ont jusqu'à ce jour hésité à la consacrer et aboutissent aux solutions les plus contradictoires et les plus arbitraires; l'Institut de droit international, dans sa session de Paris en 1894, et plus récemment la Conférence de droit international privé de la Haye, se sont prononcés en sa faveur. Et, parmi les publicistes qui croient devoir la condamner encore comme contraire à la tradition ou à l'esprit général de notre droit, presque tous s'accordent à reconnaître aujourd'hui que son adoption par la législation et la diplomatie constituerait un progrès sérieux et répondrait à une

[1] Cf. ci-dessus, p. 437.

nécessité véritable. Fort du complet assentiment des uns, de l'appui théorique des autres, nous allons rechercher les applications que cette doctrine réclame et les conséquences pratiques qu'elle entraîne au triple point de vue : 1° de la compétence; 2° des effets du jugement déclaratif; 3° des opérations de la faillite et des solutions qui la terminent.

TITRE II

Compétence.

L'unité et l'indivisibilité de la faillite ont pour conséquence nécessaire l'attribution à une juridiction unique du droit de la déclarer et du soin de l'organiser. Cette juridiction est évidemment celle qui a son siège au lieu d'ouverture de la faillite, que la plupart des législations confondent avec le domicile de l'insolvable. C'est là en effet que se trouve l'assiette légale de son patrimoine, que viennent se concentrer tous les fils de son administration; c'est là que le commerçant tombe au-dessous de ses affaires, que sont les livres qui constatent ses opérations : c'est donc là que sa situation pourra le mieux être élucidée et appréciée, que les effets de la cessation de ses paiements pourront le mieux être déduits.

Telle est la règle que la loi française exprime en termes formels : C. proc. civ., art. 59-7° : « En matière de faillite, le défendeur sera assigné devant le juge du domicile du failli », et cette règle de compétence ne comporte aucune exception. L'étranger ayant son domicile en France, pourra donc être mis en faillite par le tribunal de commerce de ce domicile : il pourra l'être, même à la demande de créanciers étrangers comme lui. Cette solution s'impose, dans notre opinion qui reconnaît à la justice française une compétence générale pour connaître des litiges entre étrangers; mais, même dans le système adverse, auquel la jurisprudence n'a pas encore renoncé, on ne fait aucune difficulté pour l'admettre. Il s'agit en effet de matières commerciales, pour lesquelles l'incompétence des tribunaux français présenterait les inconvénients les plus graves; et l'on ajoute que, dans tous les cas, la faillite est trop étroitement liée à l'ordre public pour qu'ils aient le droit de s'en désintéresser. D'ailleurs, il va sans dire que, pour fixer la compétence, il faut regarder au domicile *de fait* établi par le commerçant étranger en France : la déclaration de sa faillite n'est jamais subordonnée à une admission à domicile, qu'il

dépend de lui de ne pas solliciter, et dont la principale utilité est de conférer à celui qui l'obtient la jouissance des droits civils que le droit commun lui refuse.

L'étranger qui fait le commerce en France a-t-il son domicile, c'est-à-dire son principal établissement, hors de nos frontières, c'est le tribunal étranger de ce domicile qui sera seul compétent pour déclarer sa faillite; et les tribunaux français n'auraient, selon nous, aucune qualité pour l'ouvrir, alors même que le débiteur posséderait en France soit des biens, soit d'autres établissements commerciaux, correspondant peut-être à des négoces différents. La jurisprudence toutefois, hâtons-nous de le dire, est tout à fait contraire à notre manière de voir; et, sans se préoccuper du concours possible de plusieurs faillites affectant le même débiteur, elle n'hésite pas à valider la mise en faillite, sur notre territoire, de l'étranger qui n'y a qu'un établissement secondaire ou qui s'est borné à y faire de simples actes de commerce.

On a même soutenu que la faillite d'un étranger n'ayant ni domicile, ni résidence, ni biens, ni établissement commercial en France, peut y être prononcée, à la requête d'un créancier français ou admis à la jouissance des droits civils (C. civ., art. 11 et 13); et l'on a tiré argument à cet effet de l'article 14 du Code civil, aux termes duquel « l'étranger, *même non résidant en France*, peut être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français... et pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ». Ce texte, dit-on, ne laisse place à aucune distinction : « Les expressions, dont il se sert pour définir le droit d'action qu'il confère au créancier français contre son débiteur étranger, ont le sens le plus général et le plus absolu; elles comprennent dans leur généralité le droit de citer et de traduire l'étranger devant les tribunaux français, non seulement aux fins d'obtenir reconnaissance de la dette et condamnation, mais encore à celles d'obtenir l'exécution de l'obligation par toutes les mesures qu'il appartient à la justice d'ordonner, *notamment par une déclaration de faillite*, si l'étranger est commerçant[1] ».

La question, nous sommes obligé de le reconnaître, est singulièrement délicate. La résoudre par l'affirmative, c'est rendre possible l'organisation simultanée ou successive de plusieurs faillites sur des territoires divers, c'est rompre avec la doctrine de l'universalité.

[1] Paris, 17 juillet 1877 (*Journal du dr. int. pr.*, 1878, p. 27).

Aussi préférons-nous croire que l'article 14 est demeuré étranger à la matière des faillites. Le caractère exceptionnel de l'immunité qu'il consacre au profit du Français répugne à cette extension. Dans tous les cas, on serait en droit, ce nous semble, de voir dans l'abandon des poursuites individuelles par le créancier français, dans l'intention, manifestée par sa demande, de recourir à la procédure d'ensemble de la faillite, une renonciation tacite au privilège de l'article 14, qui suffirait à rendre sa prétention non recevable. Deux partis lui étaient ouverts : ou bien poursuivre, avant toute faillite, l'exécution des engagements que l'étranger a pris envers lui, en se prévalant contre lui de l'article 14 ; ou bien provoquer une mise en faillite qui, de sa nature, ne peut être prononcée que par les juges de son domicile. De ces deux partis il a choisi le dernier, et ce choix vaut renonciation à l'immunité de juridiction que lui accorde la loi française.

Cette solution ne mettra pas en péril les intérêts des créanciers français; car, si nous dénions à nos tribunaux la faculté de déclarer, par application de l'article 14 du Code civil, la faillite du débiteur étranger qui n'a en France ni résidence, ni biens, ni établissement commercial, nous admettons volontiers au contraire qu'ils sont compétents pour régler *provisoirement* les conséquences de son insolvabilité, dans le cas où cet étranger résiderait en France, y posséderait des biens ou y dirigerait une maison de commerce, pourvu que la juridiction du pays étranger où il a son domicile n'ait pas pris les devants ; mais la procédure commencée et la faillite organisée en France, dans l'intérêt de l'ordre public et conformément aux lois françaises, ont un caractère purement subsidiaire et s'évanouiront dès que cette dernière aura statué ; la compétence des tribunaux français s'efface alors devant la sienne. La règle ainsi posée s'accorde avec celle que l'on applique généralement aujourd'hui à la tutelle des mineurs étrangers en France[1].

Le commerçant qui a cessé ses paiements est-il de nationalité française, les règles de compétence qui viennent d'être développées s'appliqueront sans difficulté à sa mise en faillite. A quelque État que ressortissent les créanciers, en quelque pays que le débiteur ait son domicile, c'est au tribunal de ce domicile qu'incombe la mission exclusive de la prononcer. Si donc il est domicilié en France, la juridiction française statuera valablement à la requête de ses créanciers,

[1] V. ci-dessus, p. 437.

même étrangers. Si au contraire le Français insolvable a son principal établissement sur une terre étrangère, sa faillite devra y être déclarée par les magistrats locaux. En vain prétendrait-on attribuer, dans ce dernier cas, compétence aux tribunaux français, par application de l'article 15 du Code civil. Ce texte, aux termes duquel « un Français peut être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger », est, comme le précédent, tout à fait en dehors de la matière des faillites. Le Français non domicilié en France ne pourra y être mis en faillite qu'à titre provisoire, et seulement si l'ordre public l'exige, en présence de l'inaction de la justice étrangère.

Si rigoureux est le principe en vertu duquel le tribunal du domicile du commerçant insolvable est seul compétent pour déclarer sa faillite, qu'il ne saurait dépendre de ce dernier d'en écarter l'application, au moyen d'une élection de domicile. Encore que, de droit commun, cette clause soit attributive de juridiction (C. civ., art. 111), la jurisprudence s'accorde aujourd'hui à reconnaître que, de deux tribunaux français, ayant leur siège, l'un au *domicile élu*, l'autre au *domicile réel* du débiteur, c'est à celui-ci seul qu'il appartient de connaître de la faillite : ce qui revient à dire que l'article 59, § 7 du Code de procédure civile est une de ces dispositions d'ordre public, auxquelles il est interdit de déroger par des conventions particulières. Et les raisons qui ont amené la Cour de cassation à le reconnaître n'ont pas moins de valeur dans le cas où c'est entre deux juridictions de nationalité différente que le conflit s'élève.

Les conflits de compétence en matière de faillite ont attiré l'attention des négociateurs du traité franco-suisse du 15 juin 1869 et du traité franco-belge du 8 juillet 1899. L'article 6 du traité franco-suisse s'exprime ainsi qu'il suit : « La faillite d'un Français ayant un établissement de commerce en Suisse pourra être prononcée par le tribunal de sa *résidence* en Suisse ; et réciproquement celle d'un Suisse ayant un établissement de commerce en France pourra être prononcée par le tribunal de sa *résidence* en France ». Remarquons-le, ce texte donne compétence au tribunal de la résidence du débiteur, et il exige que ce dernier ait un établissement commercial dans le pays où sa faillite est poursuivie. Cette disposition est regrettable, et la plupart de ceux qui l'ont commentée en ont critiqué la teneur. Il arrivera peut-être que la même personne ait son domicile en France, sa résidence en Suisse, ou inversement, qu'elle ait à la fois dans l'un

et dans l'autre de ces pays des maisons de commerce, des succursales. Dans ce cas, n'est-il pas à craindre que la faillite ne soit ouverte simultanément par les tribunaux des deux États, et qu'une entente dont le but avoué est de prévenir la pluralité des faillites ait précisément pour effet de la rendre possible?

Cet écueil a été heureusement évité par le traité franco-belge de 1899 : son article 8, § 1er, dispose, en effet, que : « le tribunal du lieu du domicile d'un commerçant français ou belge, dans l'un ou l'autre des deux pays, est *seul* compétent pour déclarer la faillite de ce commerçant. Pour les sociétés commerciales françaises ou belges ayant leur siège social dans l'un des deux pays, le tribunal compétent est celui de ce siège social ». Ce n'est que si le commerçant français ou belge n'a son domicile dans aucun des deux pays, que le tribunal du lieu de l'établissement commercial qu'il y possède devient compétent pour le déclarer en faillite.

TITRE III

Effets du jugement déclaratif étranger en France.

La faillite est prononcée par les juges dont nous venons de déterminer la compétence. Ses effets se restreindront-ils au territoire du pays où le jugement déclaratif a été rendu, ou seront-ils admis à s'exercer au delà? Il est indispensable de le savoir, pour le cas où le failli aurait, en des pays divers, des intérêts et des droits compris dans le gage de ses créanciers.

La négative s'impose, semble-t-il, aussi bien à ceux qui voient dans la faillite une mesure d'ordre public qu'à ceux qui la rattachent au statut réel; les uns et les autres sont logiquement obligés d'arrêter ses conséquences aux frontières de l'État où elle a été déclarée. Et cependant la jurisprudence de nos tribunaux, en dépit du point de vue dont ils se réclament, recule et trahit les plus vives hésitations. Tantôt, refusant en France tout effet au jugement de faillite étranger, les juges français prétendent y ouvrir une faillite nouvelle; tantôt ils admettent ce jugement à la formalité de l'*exequatur;* tantôt même ils autorisent le syndic étranger à exercer chez nous les pouvoirs qu'il lui a conférés, en dehors de toute déclaration préalable d'*exequatur*, bien qu'ils tiennent pour non avenu le dessaisissement, sans lequel ce syndic n'aurait aucun droit à faire valoir.

Comment la jurisprudence explique-t-elle l'incohérence qui préside à ses décisions? Le débiteur actionné en France par le syndic d'une faillite étrangère a-t-il reconnu de quelque manière l'existence de cette faillite, par exemple en y produisant à titre de créancier, elle se tire d'affaire en déclarant qu'il en a par cela même accepté toutes les conséquences et qu'il n'est pas fondé, dès lors, à contester le droit de la partie poursuivante. Admettons qu'il en soit ainsi. Mais, en dehors de cette hypothèse exceptionnelle, il semble que le syndic ne devrait pas être admis à agir sur notre territoire. Néanmoins on a imaginé, pour justifier la solution opposée, d'établir une assimilation entre le jugement déclaratif de faillite et un *mandat :* « Le jugement déclaratif de faillite, dit en ce sens le tribunal de la Seine, ne prononce aucune décision et ne comporte en lui-même aucune mesure d'exécution en France, soit contre les personnes, soit contre les biens; il n'a d'autre effet que de dessaisir le failli étranger de l'administration personnelle de ses biens, et de lui substituer un mandataire légal, chargé de le représenter dans toutes les actions actives ou passives qui peuvent l'intéresser. Il suit de là que le syndic peut, en vertu de son mandat, exercer devant les tribunaux français toutes les actions qui auraient appartenu au failli lui-même, et que le jugement déclaratif de la faillite n'a pas plus besoin, pour l'exercice de ses actions, de l'*exequatur* français que n'en aurait besoin un acte reçu par un officier public étranger qui constituerait un fondé de pouvoir ou un mandataire privé[1] ». La raison alléguée par le tribunal est une mauvaise raison. En effet, s'il est vrai que le syndic est investi d'un mandat, ce mandat est à coup sûr d'une nature toute particulière. Le syndic représente en même temps et le débiteur et l'ensemble de ses créanciers : et cependant la faillite, origine de ses pouvoirs, a été déclarée, soit à la requête d'un seul créancier, soit sur la demande du failli, soit d'office par le juge. Pour que ces pouvoirs soient opposables en pays étranger à ceux qui n'ont été pour rien dans la déclaration de la faillite et qui n'ont jusqu'alors pris aucune part à ses opérations, il semble donc qu'il faut avant tout que cette faillite elle-même puisse être régulièrement invoquée contre eux. Et si, ainsi que le fait la jurisprudence, on résiste à cette dernière solution, on arrive nécessairement à permettre aux intéressés de contester le soi-disant mandat du syndic, en même temps que le jugement

[1] Jugement confirmé par Paris, 23 mars 1868 (D. P. 1871. 1. 294).

déclaratif en dehors duquel il n'aurait ni existence, ni raison d'être.

Laissons maintenant ces inconséquences et ces contradictions, et passons au seul système, qui, selon nous, soit conforme aux principes, au seul qui découle naturellement des prémisses que nous avons posées.

La faillite, régulièrement déclarée et organisée par la juridiction à laquelle la loi personnelle du débiteur attribue compétence à cet effet, c'est-à-dire en général par le tribunal de son domicile, doit être universellement reconnue et suivre partout son cours. Ce résultat ne peut évidemment être atteint, ni par la doctrine qui dénie d'une manière absolue aux sentences étrangères l'autorité de la chose jugée et subordonne leur exécution en France à une révision exercée par nos tribunaux, ni par celle qui, s'autorisant de l'ordonnance royale de 1629, permet au Français condamné par un jugement étranger, mais au Français seulement, de débattre à nouveau ses intérêts qu'il croit méconnus, devant ses juges nationaux; l'un et l'autre de ces systèmes, entre lesquels se partagent, nous l'avons vu, les faveurs de la jurisprudence, arrivent à substituer ou tout au moins à juxtaposer à la faillite étrangère, une faillite française; ils font donc échec à la théorie de l'unité. Celle-ci reçoit au contraire toute satisfaction du système rival qui reconnaît *de plano* l'autorité de la chose jugée aux décisions de la justice étrangère et limite le contrôle du tribunal français requis de leur donner l'*exequatur* au point de savoir si elles sont régulières en la forme, si elles émanent d'un juge compétent, si elles n'ont rien de contraire à l'*ordre public international*; nous nous sommes déjà prononcé en ce sens[1].

De ce que le jugement par lequel un tribunal étranger a déclaré la faillite d'un commerçant insolvable est par lui-même revêtu sur notre territoire de l'autorité de la chose jugée, il suit qu'il n'est soumis à la nécessité de l'*exequatur* que pour celles de ses conséquences qui s'analysent en actes d'exécution proprement dits, c'est-à-dire pour celles dont la réalisation réclame le concours et l'intervention des autorités françaises. Les autres qui se ramènent à la constatation d'un fait, se produisent de plein droit, sans que la justice française ait besoin de leur donner sa sanction.

a) Avant toute sentence d'*exequatur*, le fait de la cessation des paiements du débiteur est acquis et tenu pour constant en France : il en résulte que le jugement qui a déclaré la faillite en dehors de nos

[1] Cf. ci-dessus, p. 666.

frontières, détermine *erga omnes* son moment précis et permet au failli de se soustraire, par voie d'exception portée devant les tribunaux français, soit à une déclaration nouvelle, soit aux poursuites individuelles que ses créanciers prétendraient diriger contre lui.

Ainsi encore les incapacités que la loi personnelle du débiteur attache à sa mise en faillite sont encourues par lui de plein droit en France : il faut en conclure que le Français déclaré en faillite par un tribunal étranger est par cela même exclu de la Bourse et de l'escompte de la Banque de France, incapable d'être juré : nous voudrions pouvoir ajouter, incapable d'occuper une fonction élective; mais cette affirmation serait démentie, dans l'état actuel de notre législation, par des textes formels, par le décret du 2 février 1852 sur l'élection des députés (art. 15-17°), reproduit par la loi du 3 décembre 1884 (art. 9), et par la loi du 8 décembre 1883 sur l'élection des juges consulaires (art. 2-8°), qui refusent aux jugements de faillite rendus à l'étranger *et non déclarés exécutoires en France* toute influence sur la capacité électorale des Français.

Le Français mis en faillite par un tribunal étranger est, dès avant le jugement d'*exequatur*, dessaisi sur notre territoire de l'administration de ses biens, conformément à la loi française à laquelle il ressortit, et incapable en conséquence d'accomplir les actes juridiques qu'elle lui défend ; ceux auxquels il aurait indûment procédé seront annulés, par application de cette loi, qui est la loi de la faillite, dont la nullité procède.

Réciproquement, la faillite d'un étranger, prononcée hors de France et non rendue exécutoire par la justice française, entraînera pour lui chez nous toutes les incapacités édictées par sa loi personnelle, dans la mesure où elles ne seraient pas contraires à l'*ordre public international* français.

Le syndic nommé par le jugement déclaratif étranger non encore admis à l'*exequatur* sera tenu pour tel et reçu à se prévaloir de cette qualité sur le territoire français ; il y a là encore une conséquence de l'autorité de la chose jugée que nous attribuons aux décisions de la justice étrangère. Les tribunaux français eux-mêmes, nous l'avons dit, acceptent cette solution et s'accordent à reconnaître au syndic le droit de prendre en France des mesures conservatoires, d'y recouvrer des créances, d'y ester en justice comme représentant du failli ou de la masse de ses créanciers ; l'*exequatur* ne devient nécessaire que lorsque le syndic veut recourir à des actes d'exécution proprement dits,

à des mesures de contrainte sur la personne ou sur les biens du débiteur.

b) Ceci nous amène à rechercher quelles sont les conséquences du jugement de faillite étranger, dont la réalisation est subordonnée en France à la délivrance préalable de l'*exequatur* par nos tribunaux, c'est-à-dire celles qui consistent en actes d'exécution.

A cette classe appartient sans aucun doute l'incarcération du failli, dans le cas où elle est ordonnée ; peut-être aussi convient-il d'y rattacher l'apposition des scellés sur ses titres, papiers ou valeurs, *en vertu du jugement;* mais c'est avec raison que la Cour de Paris a jugé, le 20 janvier 1877, que, même avant l'*exequatur*, le syndic peut recourir à cette mesure, s'il obtient l'autorisation du président du tribunal de commerce ou du juge de paix, que l'article 909 du Code de procédure civile assimile à la production d'un titre exécutoire[1]; l'apposition des scellés se réduit alors à un simple acte conservatoire.

Une question encore très débattue est celle de savoir si le syndic d'une faillite est fondé à pratiquer en France une saisie-arrêt, avant que le jugement qui l'a ouverte y ait été déclaré exécutoire. Nous l'admettons volontiers. La saisie-arrêt en effet n'est, dans son principe, qu'une mesure conservatoire; elle ne tend pas à faire passer, dès la première heure, la somme arrêtée dans les mains de celui qui l'opère ; et ce qui prouve que tel est bien son caractère, c'est que l'article 557 du Code de procédure civile la permet au créancier dont le titre est sous seing privé. Or, on ne peut refuser à une sentence judiciaire, même non encore admise à l'*exequatur*, une force au moins égale à celle que l'on attribue à des actes purement privés. Toutefois, si on l'envisage dans ses résultats, la saisie-arrêt aboutit à des actes d'exécution, et ces actes ne pourront se produire que lorsque l'*exequatur* aura été régulièrement accordé. En est-il ainsi de l'assignation en validité de la saisie? On l'a soutenu : « Le premier acte par lequel le saisissant va prendre l'initiative, et conclure, non seulement à ce qu'on ne paie pas son débiteur, mais à ce qu'on le paie lui-même, ce sera l'assignation en validité indiquée dans les derniers mots de l'article 563, et signifiée par lui au débiteur saisi. C'est là vraiment que la saisie-arrêt commence à changer de caractère et devient réellement une voie d'exécution proprement dite »[2]. Mais il faut reconnaître que, si cette thèse

[1] D. P., 1877, 2, 67.

[2] Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de proc. civ.*, t. II, n° 824.

est exacte, le syndic tenu de signifier l'assignation en validité dans la huitaine de la saisie, à peine de nullité de cette dernière, risquera fort d'être pris au dépourvu et d'être matériellement empêché d'obtenir, dans un délai aussi restreint, l'*exequatur* pour le jugement déclaratif étranger. Aussi ne voyons-nous pas pourquoi on ne l'autoriserait pas à former sa demande, avant l'accomplissement de cette formalité. L'analogie que nous venons d'établir, au point de vue de la saisie, entre le jugement étranger, non encore revêtu de la formule exécutoire, et un titre sous signature privée, nous conduit à cette solution. Personne ne doute en effet qu'un créancier puisse poursuivre la validité de la saisie-arrêt qu'il a pratiquée, sans être tenu d'assurer préalablement à son titre la force exécutoire. C'est au tribunal saisi de la demande en validité qu'il appartient, en y faisant droit et par le même jugement, de statuer sur l'*exequatur* et de permettre en conséquence à la saisie-arrêt de sortir *tous* ses effets en France.

L'inscription de l'hypothèque attribuée à la masse par l'article 490 du Code de commerce sur les biens du failli et sur ceux de ses débiteurs ne pourra être effectuée en France à la requête du syndic que lorsque le jugement étranger qui a déclaré la faillite aura reçu d'un tribunal français la force exécutoire. L'article 2123 du Code civil ne laisse place à aucun doute : « L'hypothèque ne peut résulter des jugements rendus en pays étranger qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français ». Peut-être, se plaçant à un point de vue purement législatif, pourrait-on critiquer cette disposition et observer que l'inscription est plutôt une formalité destinée à *conserver* l'hypothèque qu'un acte d'exécution proprement dit; mais la loi est formelle; ses auteurs ont considéré sans doute que l'inscription prépare l'expropriation de la vente de l'immeuble grevé, et qu'elle aboutit ainsi à des mesures d'exécution forcée.

Faudra-t-il attendre la déclaration d'*exequatur* pour faire procéder à la vente des biens du failli qui se trouvent sur le sol français? L'affirmative nous paraît certaine. Vendre les biens du débiteur, qu'ils soient meubles ou immeubles, qu'ils soient corporels ou incorporels, c'est *exécuter* le jugement qui l'a dessaisi.

La mission du tribunal français requis de délivrer, aux diverses fins que nous venons de parcourir, la formule exécutoire à un jugement de faillite étranger, n'emporte, suivant nous, répétons-le, aucun droit de révision ou de réformation; elle consiste uniquement, d'une part à vérifier la compétence des juges qui ont statué et la régularité

du jugement qu'ils ont rendu — à ce dernier point de vue, il faudra tenir compte des prescriptions de la *lex fori*, à laquelle ils ont dû se conformer; — de l'autre, à rechercher si dans l'application qu'il a pu faire des lois étrangères, ce jugement a respecté l'*ordre public international*, dont la magistrature française a le dépôt.

Le traité de 1869 a-t-il dérogé, dans les rapports de la France et de la Suisse, aux règles qui ont été développées ci-dessus? Une chose est certaine, c'est que le jugement déclaratif rendu par les tribunaux de l'un des deux États produit tous ses effets sur le territoire de l'autre, aussitôt qu'il y a été revêtu de l'*exequatur*. Mais, même auparavant, il fait obstacle à la déclaration d'une nouvelle faillite : la Cour de cassation s'appuie, pour le décider, sur l'article 17 de la convention franco-suisse qui, refusant au tribunal français ou suisse, saisi d'une demande d'*exequatur*, le droit de réviser au fond les sentences émanées des juges de l'autre pays, leur reconnaît par cela même l'autorité de la chose jugée. Cette interprétation est d'accord avec la doctrine générale à laquelle nous nous sommes rattaché; elle n'y ajoute rien, mais elle innove sur le système appliqué jusqu'à ce jour par la jurisprudence aux effets internationaux des jugements, puisqu'elle étend aux territoires des deux Puissances contractantes l'unité de la faillite, que cette jurisprudence prétend limiter d'ailleurs au sol français. C'est un progrès sans doute. Mais d'autre part, ne semble-t-il pas que l'article 6 du traité rétrograde, lorsqu'il subordonne à la délivrance de l'*exequatur* l'exercice du mandat conféré au syndic par le jugement déclaratif étranger? « La production du jugement de faillite dans l'autre pays, dit-il, donnera au syndic ou représentant de la masse, *après toutefois que le jugement aura été déclaré exécutoire*, le droit de réclamer l'application de la faillite aux biens meubles et immeubles que le failli possédera dans ce pays ». Malgré les termes en apparence formels de ce texte, il nous est impossible de croire qu'il soit en opposition avec les tendances libérales de la pratique actuelle, et qu'un traité destiné à faciliter, à resserrer les relations des États qui l'ont signé, ait fait au syndic suisse une situation inférieure à celle des syndics étrangers, que l'on autorise à poursuivre leur mandat en France en dehors de toute sentence d'*exequatur;* et nous préférons admettre que, pour l'un comme pour les autres, cette sentence n'a d'autre utilité que de rendre possibles les actes d'exécution proprement dits que la faillite réclame.

Telle est d'ailleurs la solution formellement consacrée par la con-

vention franco-belge du 8 juillet 1899. Son article 8, § 2 est ainsi conçu : « Les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays par le tribunal compétent, d'après les règles qui précèdent (V. ci-dessus, p. 693), s'étendent au territoire de l'autre. Le syndic ou curateur peut, en conséquence, prendre toutes mesures conservatoires ou d'administration et exercer toutes actions comme représentant du failli ou de la masse. Il ne peut toutefois procéder à des actes d'exécution qu'autant que le jugement en vertu duquel il agit a été revêtu de l'*exequatur*, conformément aux règles édictées par le titre IV ci-après (V. ci-dessus, p. 676).

TITRE IV

Opérations et solutions de la faillite.

La faillite se décompose en une série de mesures, ayant pour objet, les unes de déterminer l'étendue du passif, de contrôler le droit de chacun de ceux qui prétendent avoir part aux dépouilles du failli, les autres de réaliser et de répartir les valeurs actives que comprend son patrimoine. A ces diverses opérations, quelles règles appliquerons-nous ?

De même que tout créancier, quelle que soit sa nationalité, est en droit de provoquer la faillite de son débiteur insolvable, de même aussi il sera reçu à y produire ; mais aucune créance ne peut être admise, si elle n'a été préalablement *vérifiée*. La production et la vérification ont lieu suivant le mode et dans les formes institués par la loi du tribunal devant lequel la faillite a été ouverte. Ce tribunal ne pourra s'écarter, dans l'examen des difficultés dont elles seront la source, des règles de procédure, des règles *ordinatoires* établies par la *lex fori;* mais le fond du litige, le *décisoire*, devra être jugé par lui selon les principes généraux du droit international privé.

S'agit-il d'apprécier la validité d'une obligation souscrite par le failli, au temps de sa prospérité commerciale, c'est d'après la loi personnelle de chacune des parties qui ont concouru à sa formation que sera mesurée leur capacité respective ; c'est encore d'après cette loi personnelle ou d'après la *lex loci actus* que sera jugée la régularité en la forme de l'acte qui lui a donné naissance. Quant au fait juridique, d'où l'obligation dérive, il sera interprété dans sa substance et

dans ses effets, en tenant compte de ce que nous avons appelé l'*autonomie des parties contractantes*. Si donc ces dernières n'ont pas expressément indiqué la législation à laquelle elles ont voulu se référer, c'est leur loi personnelle, en supposant qu'elles aient une même patrie, que l'on appliquera au litige; si elles se rattachent à des États différents, on présumera qu'elles ont entendu donner la préférence à la *lex loci contractus*, relativement aux conditions intrinsèques et aux effets proprement dits de la convention, à la loi du lieu où cette convention devait être exécutée, en ce qui touche cette exécution : le tout dans la mesure de l'*ordre public international.*

Ces règles recevront leur application, notamment lorsqu'il s'agira de vérifier les créances alléguées par la femme contre son mari en faillite : on interrogera d'abord leurs conventions matrimoniales et, s'il n'en a pas été fait, les dispositions légales qui suppléent à leur absence. Nous pensons néanmoins que la femme étrangère, créancière de son mari, pourra se voir opposer en France l'article 564 du Code de commerce, aux termes duquel « la femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou dont le mari, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, est devenu commerçant dans l'année qui a suivi cette célébration, ne peut exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage ». Ce texte paraît avoir été inspiré au législateur français par la crainte de fraudes ou de collusions possibles : il est donc d'*ordre public international*, et une convention, même passée en pays étranger, sous l'empire de lois étrangères, ne saurait prévaloir contre ses prescriptions. Il faut en dire autant, croyons-nous, des articles 558, 559 et 560 du Code de commerce, qui restreignent d'autre part les droits de la femme, dans le cas de faillite de son mari. Soit que la faillite ait été déclarée en France, soit que, après son ouverture à l'étranger, la femme veuille exercer ses reprises sur les biens du failli situés sur notre territoire, ces dispositions lui seront opposables, au nom de l'intérêt général.

L'article 576 du Code de commerce accorde un droit de revendication au vendeur de marchandises expédiées au failli, « tant que la tradition n'en aura pas été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte », et la plupart des législations lui reconnaissent une faculté analogue (V. not. C. comm. italien, art. 689). A quelle loi faudra-t-il se référer dans le cas où le droit de revendication serait prétendu en France, à

l'encontre d'un failli de nationalité étrangère? La réponse que cette question appelle dépend de la nature qui sera attribuée à la revendication du vendeur de marchandises. Si l'on y voit, comme dans la prérogative que l'article 2102 du Code civil confère au vendeur non payé d'effets mobiliers, une simple reprise du droit de rétention dont il s'est imprudemment dessaisi, c'est à la loi sous l'empire de laquelle la vente elle-même a été consentie qu'il conviendra de remonter. Si au contraire elle implique une résolution de cette vente, ayant son point de départ dans la cessation des paiements de l'acheteur, et dérivant par suite d'une circonstance tout à fait étrangère à l'accord des parties, c'est la *loi de la faillite*, dont elle est une conséquence directe, que l'on considérera seule. L'article 576 lui-même corrobore cette manière de voir : son troisième alinéa, en obligeant le revendiquant à rembourser à la masse les à-comptes qu'il aurait perçus, suppose en effet que la vente a cessé d'exister, et les travaux préparatoires de la loi de 1838 sont très affirmatifs en ce sens.

C'est aussi la loi de la faillite, telle que nous l'avons déterminée, qui précise à quelles conditions les actes passés par le failli, même avant le jugement, sont nuls ou annulables. La nullité qui les atteint ne dépend en aucune façon des conditions intrinsèques exigées pour leur validité initiale et échappe en conséquence à l'application de la *lex loci actus;* elle a son germe uniquement dans le jugement de faillite qui frappe en quelque sorte le commerçant d'une incapacité rétroactive; et dès lors elle ne peut relever que de la loi qui gouverne cette faillite elle-même. Ainsi toute donation consentie par un failli de nationalité allemande dans l'année qui a précédé la cessation de ses paiements sera réputée frauduleuse et sujette à rapport même en France, conformément à la loi allemande.

Un créancier de la faillite invoque-t-il un droit de préférence, gage, privilège ou hypothèque sur un bien sis à l'étranger, la *lex rei sitæ* ne devra être prise en considération que dans les cas où le réclame l'*ordre public international;* mais les exigences de cet ordre public sont très nombreuses en cette matière, qui se lie si étroitement au régime de la propriété et à l'organisation du crédit[1].

La nature des droits de préférence, celle des biens qu'ils sont susceptibles d'affecter, la publicité qui leur est nécessaire, l'ordre et la mesure dans lesquels ils s'exerceront, ne peuvent relever que de la

[1] V. ci-dessus, p. 537 et s.

lex rei sitæ. Quant à leurs causes, à moins qu'il ne s'agisse de privilèges inspirés par la philanthropie ou l'équité, auxquels l'*ordre public international* est sans doute intéressé, elles ressortissent soit à la loi personnelle du créancier, comme les hypothèques légales, soit à la législation à laquelle les parties, agissant dans les limites de leur autonomie, se sont valablement référées (V. cep. C. civ., art. 2128), soit à celle du tribunal, dont les décisions, rendues exécutoires, emportent affectation hypothécaire des biens de la partie condamnée.

La situation respective des divers ayants droit ainsi réglée au regard de la faillite, il nous reste à parler des solutions qu'elle peut recevoir, envisagées sous le rapport du droit international privé.

En cas d'*union*, il sera procédé à la vente des biens dont se compose le patrimoine du failli, en la forme prescrite par les lois de leurs situations respectives, par application de la règle *Locus regit actum*. Ainsi, pour vendre en France les immeubles qui y sont situés, le syndic, agissant en vertu d'un jugement admis à l'*exequatur*, devra satisfaire aux règles de forme établies par la loi française pour l'aliénation des biens des mineurs : toutefois l'autorisation du juge-commissaire exigée par l'article 572 du Code de commerce ne serait pas nécessaire au syndic d'une faillite étrangère; elle constitue une *condition habilitante*, qui n'a à vrai dire rien de commun avec les *formes* de la vente, et dont la loi de la faillite a seule qualité pour prescrire l'observation. C'est donc la loi de la faillite qui déterminera les conditions habilitantes auxquelles le syndic ou curateur devra satisfaire pour arriver, même à l'étranger, à la réalisation des biens du failli. Le syndic d'une faillite française ne pourra procéder en Allemagne à cette réalisation qu'en justifiant de l'autorisation du juge-commissaire, conformément à l'article 572 du Code de commerce.

Le *concordat*, par lequel le débiteur est remis à la tête de ses affaires, consiste ordinairement, soit dans l'octroi d'un délai pour sa complète libération, soit dans la remise pure et simple d'une portion souvent notable de ses dettes, accordée par la majorité des créanciers et homologuée par la justice. C'est par la loi de la faillite que seront fixés en principe les conditions auxquelles le concordat sera valablement consenti, le chiffre de la majorité nécessaire à sa formation, les causes qui pourront aboutir à sa résolution ou à son annulation, la capacité requise chez le failli, en vue de l'obtenir; néanmoins l'ordre *public international* obligera parfois le juge à lui préférer la lex fori,

dans le cas notamment où cette dernière exclurait le failli du bénéfice du concordat, à raison de son indignité (C. comm., art. 510); d'autre part, il est à peine besoin de dire que toutes les formalités se rattachant à la procédure proprement dite du concordat sont du domaine de la *lex fori*.

Un concordat obtenu en pays étranger pourra-t-il être opposé en France aux créanciers du failli? L'affirmative n'est pas douteuse, au regard de ceux qui y ont adhéré; pour eux en effet le concordat est une convention ordinaire, obligeant tous ceux qui y ont pris part; peu importe d'ailleurs que le jugement qui l'a homologué ait ou non reçu de nos tribunaux la force exécutoire[1].

Mais ne faudrait-il pas en décider autrement, si le créancier auquel le concordat est opposé avait refusé d'y souscrire ou tout au moins n'avait pas participé à son vote?

Quelques auteurs refusent en pareil cas tout effet au concordat étranger; d'autres lui reconnaissent une entière efficacité, pourvu que le jugement qui a organisé la faillite ait été déclaré exécutoire en France; enfin une troisième opinion exige que le jugement d'homologation ait été lui-même admis à l'*exequatur*.

Aucun de ces trois systèmes ne nous paraît acceptable. Le concordat est une conséquence de la faillite; le tribunal qui a prononcé cette dernière a seul qualité et compétence pour l'homologuer; mais, cette homologation une fois accordée, il peut être partout invoqué, avant toute sentence d'*exequatur*, à l'encontre des créanciers même non adhérents. Cette solution dérive de l'autorité de la chose jugée que nous reconnaissons *de plano* aux décisions de la justice étrangère. Le jugement d'homologation, comme le jugement déclaratif lui-même, constate un fait qui doit être tenu pour acquis en tous lieux et par tous.

Empressons-nous d'ajouter que l'*exequatur* deviendrait nécessaire si, au lieu d'exciper du concordat pour se soustraire à de nouvelles poursuites, on prétendait s'en servir pour procéder à de véritables actes d'exécution, tels qu'une saisie, tels qu'une aliénation de biens; il faudrait alors, en raison de la connexité étroite qui unit le jugement déclaratif au jugement d'homologation, obtenir pour l'un et pour l'autre la sanction de la justice locale.

Telle est la règle qui doit, selon nous, être appliquée aux relations

[1] V. cependant Cass., 21 juillet 1903 (*Pand. fr. pér.*, 1903. 5. 41).

de la France et de la République helvétique; quoique contraire en apparence aux termes trop généraux de l'article 8 du traité de 1869, elle est cependant conforme à son esprit. Lorsque ce traité dispose que « les stipulations du concordat produiront, par la production du jugement d'homologation *déclaré exécutoire,* tous les effets qu'il aurait dans le pays de la faillite », il n'a en vue que ceux de ses effets que le droit commun subordonne à la formalité de l'*exequatur*, c'est-à-dire ceux qui comprennent des mesures d'exécution forcée; ceux qui se rattachent seulement à l'autorité de la chose jugée sont restés en dehors de ses prévisions. La même interprétation ressort clairement de la convention franco-belge de 1899, dont l'article 8, § 2, *in fine,* porte que « le jugement d'homologation du concordat rendu dans l'un des deux pays aura autorité de chose jugée dans l'autre, et y sera exécutoire d'après les dispositions du titre II (V. ci-dessus, p. 676).

Enfin la même solution convient soit à l'ordre de décharge (*order of discharge*) par lequel les tribunaux anglais auraient, sans concordat proprement dit, c'est-à-dire sans vote exprimé par la majorité des créanciers, libéré le failli d'une partie de ses dettes, soit au concordat préventif organisé par la loi belge du 20 juin 1883 et par la loi luxembourgeoise du 14 avril 1886, soit même, en dépit des hésitations de la jurisprudence, au jugement par lequel un tribunal étranger aurait accordé au débiteur, conformément à sa loi personnelle, un sursis de paiement; toutes ces mesures seront valablement opposées aux créanciers sur le territoire français; elles y ont, indépendamment de tout jugement d'*exequatur*, l'autorité de la chose jugée.

Le traité franco-belge est très formel en ce sens, son article 8, § 4 déclare en effet que « les effets des sursis, concordats préventifs ou liquidations judiciaires, organisés par le tribunal du domicile du débiteur dans l'un des deux États, s'étendent dans la mesure et dans les conditions ci-dessus spécifiées, au territoire de l'autre État ».

Au tribunal qui a déclaré la faillite doit appartenir une compétence exclusive à l'effet de réhabiliter le failli et de le relever ainsi des incapacités qu'il a encourues à la suite de la cessation de ses paiements. Si le débiteur pouvait demander et obtenir ailleurs sa réhabilitation, ainsi qu'on l'a soutenu, « il serait trop facile à un étranger, ou même à un national déclaré en faillite à l'étranger de recourir, pour être réhabilité, à des tribunaux qui ne connaîtraient ni les causes, ni les circonstances, ni en un mot la moralité de la faillite; il y aurait là

une source de fraudes, une porte ouverte à la mauvaise foi »[1]. Dans tous les cas, le jugement de réhabilitation, ne donnant lieu à aucune mesure d'exécution, produira tous ses effets à l'étranger, sans qu'il soit besoin de le rendre exécutoire; c'est un corollaire de l'opinion que nous avons admise ci-dessus, relativement aux conséquences internationales du jugement déclaratif lui-même.

[1] Carle, *La faillite en dr. int. pr.*, trad. fr. par M. Dubois, p. 146.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

LIVRE PREMIER

DE LA NATIONALITÉ

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATIONALITÉ D'ORIGINE.

CHAPITRE II

DU CHANGEMENT DE NATIONALITÉ.

LIVRE DEUXIÈME

DE LA CONDITION JURIDIQUE DES ÉTRANGERS

CHAPITRE PREMIER

HISTOIRE DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS.

CHAPITRE II

DE LA CONDITION DE L'ÉTRANGER EN FRANCE AU POINT DE VUE DU DROIT PRIVÉ.

CHAPITRE III

DES PERSONNES MORALES ÉTRANGÈRES DANS LE DROIT FRANÇAIS ACTUEL.

LIVRE TROISIÈME

DU CONFLIT DES LOIS CIVILES ET COMMERCIALES

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX APPLICABLES A LA SOLUTION DU CONFLIT DES LOIS.

CHAPITRE II

CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA PERSONNE ENVISAGÉE EN ELLE-MÊME.

CHAPITRE III

CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA PERSONNE CONSIDÉRÉE DANS SES RAPPORTS AVEC LA FAMILLE.

CHAPITRE IV

CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA PERSONNE CONSIDÉRÉE DANS SES RAPPORTS AVEC LE PATRIMOINE.

LIVRE QUATRIÈME

COMPÉTENCE, PROCÉDURE. JUGEMENTS

CHAPITRE PREMIER

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS A L'ÉGARD DES ÉTRANGERS.

CHAPITRE II

DES RÈGLES DE PROCÉDURE APPLICABLES AUX ÉTRANGERS.

CHAPITRE III

DES EFFETS INTERNATIONAUX DES JUGEMENTS.

CHAPITRE IV

DE LA FAILLITE DES COMMERÇANTS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE

